

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

UNIDAD DE POST GRADO

**Los elementos subjetivos del injusto en los delitos
contra el honor, un añadido incompatible con el
principio de legalidad material**

TESIS

para optar el grado académico de Magíster en Ciencias Penales

AUTOR

Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre

ASESOR

Ricardo A. Brousset Salas

Lima-Perú

2008

DEDICATORIA: La investigación se dedica a las víctimas, a todas aquellas que han sido defraudadas en sus legítimas expectativas sociales y normativas, cuando los Tribunales han resuelto el caso penal contrariamente a una interpretación sujeta a la legalidad material. Así, también la dedicación se extiende a la persona de Raúl Peña Cabrera, excelso catedrático de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, otrora penalista de foros académicos nacionales e internacionales.

Capítulo Primero: Planteamiento Metodológico

Capítulo Segundo: Aspectos Preliminares

-A modo de introducción

1.-El principio de legalidad material como principio político criminal del Estado de Derecho.

1.1.-La Interpretación normativa por parte de los Tribunales no significa creación del Derecho.

2.-La evolución epistemológica del Injusto y de la Culpabilidad.

3.-El tipo subjetivo del Injusto

Capítulo Tercero: La teoría del Bien Jurídico

1.-A modo de aproximación.

2.-Perspectivas sociológicas y funcionalistas.

3.-La teoría constitucionalista del bien jurídico.

4.-Desde la perspectiva de los derechos fundamentales.

-Recapitulación-

Capítulo Cuarto: Los delitos contra el Honor

1.-A modo de aproximación.

2.-El bien jurídico tutelado en los delitos contra el Honor.

a.-Posición fáctica.

b.-Posiciones normativas.

c.-Posición adoptada (normativa-funcional).

3.-La distinción de los delitos contra el honor con los delitos contra la intimidad.

Capítulo Quinto: Los Delitos contra el Honor – Descripción típica

1.-El delito de Injuria:

- a.-Modalidad típica.
- b.-Sujeto activo.
- c.-Sujeto pasivo.
- d.-La veracidad de la frase injuriosa.
- e.-Naturaleza jurídica del delito de Injuria, formas de imperfecta ejecución.
- f.-Tipo subjetivo del injusto.
- g.-Causas de justificación.

2.-La Calumnia:

- a.-Generalidades.
- b.-Sujeto activo.
- c.-Modalidad típica.
- d.-Su delimitación normativa con el tipo penal de Denuncia Calumniosa.
- e.-Consumación y tentativa.
- f.-Tipo subjetivo del injusto.

3.-La Exceptio Veritatis:

- 1.-Aspectos preliminares.
- 2.-La Exceptio Veritatis en la legislación nacional.
- 3.-Naturaleza jurídica de la Exceptio Veritatis.
- Conclusiones.

Capítulo Sexto: La Libertad de Expresión y el Derecho de Información en el marco de una sociedad democrática de derecho.

- 1.-Cuestiones preliminares.
- 2.-La Libertad de expresión de los medios de comunicación, como un precepto permisivo (causa de justificación)
- 2.-La veracidad de la Información:
 - a.-La relevancia socio-política de la noticia.
 - b.-El contenido de la veracidad.

Capítulo Séptimo: La solución del conflicto de bienes jurídicos, vía una causa de justificación.

- 1.-Marco de desarrollo.
- 2.-Responsabilidad Extracontractual.
- Conclusiones

**Capítulo Octavo: Comentario al Acuerdo Plenario
Nº 3-2006/CJ-116**

- Fundamentos Jurídicos.
- Conclusiones.

**Capítulo Noveno: La postura de los ánimos, como
elementos subjetivos que inciden en la atipicidad
penal de la conducta.**

- 1.-Consideraciones de orden general.
 - 2.-En orden a las justificaciones de la utilización de los ánimos.
- A modo de Conclusión

CONCLUSIONES FINALES

BIBLIOGRAFÍA

Introducción

La presente investigación obedece a dos baremos a saber: primero, de articular un planteamiento dogmático acorde con el principio de legalidad material; y segundo, tal vez lo más importante, de proporcionar dicha proposición dogmática a los operadores de justicia, a efectos de que puedan resolver los casos que llegan a su conocimiento, con corrección y justicia. Sin duda, hoy en día debe procurarse que la ciencia jurídico-penal pueda contribuir a la administración de justicia penal, en orden a garantizar la seguridad jurídica, y a fortalecer el principio de igualdad constitucional, paradigma fundamental del Estado de Derecho. De tal manera que la postulación teórica que se pretende plantear en la presente monografía, rebasa un ámbito meramente científico, para adentrarse en el derecho aplicativo, con el propósito de cautelar la eficacia finalista del Derecho penal en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Si bien la presente monografía parte de una proposición dogmática, su finalidad esencial es contribuir en un estado fáctico, en cuanto a su aplicación por parte de los Tribunales de Justicia en nuestro país; por lo que la aspiración adquiere un ámbito de legitimación social, la verdadera pacificación de la conflictividad social producida por el delito.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

1.-Planteamiento del Problema

1.1.-Descripción de la realidad materia de la Investigación

Una investigación jurídica, de naturaleza científica, debe partir desde una base real, en este caso, describiendo un estado de cosas que no se condice con la legalidad positiva y con el estado actual de la ciencia jurídico-penal (dogmática). Desde un tiempo atrás, los Tribunales de Justicia que imparten la Justicia Penal en nuestro país, en sus decisiones finales han exigido la concurrencia de ciertos elementos subjetivos del injusto –ajenos al dolo- a fin de dar por confirmada la realización típica. Elementos subjetivos del injusto que no necesariamente se encuentran incluidos en las estructuraciones típicas de algunas figuras delictivas que se comprenden en la Parte Especial del Código Penal de 1991. En efecto, queda claro que esos elementos subjetivos pueden tener cabida en ciertos injustos penales, pero en otros, como los contemplados en el Título Segundo (Cap. Único – delitos contra el Honor), la historia es distinta, pues tal como lo demostraremos en la presente monografía, su reconocimiento “normativo” importa una vulneración directa al principio de legalidad material, con la consiguiente pérdida de legitimidad de otros principios importantes comprendidos en el marco jurídico-constitucional.

Constituye un hecho jurídico y fáctico a la vez, que la dogmática jurídico-penal adquiere el nivel de ciencia, en cuanto propone una comprensión sistemática de ciertos elementos categoriales que se orienta de forma coherente y unitaria; mas su legitimación como ciencia en colectivo social, la obtiene cuando sus tesis son recogidas de forma favorables por los Tribunales de Justicia, a fin de generar un estado de seguridad jurídica, de acuerdo a los principios de igualdad y de previsibilidad; en todo caso estas resoluciones jurisdiccionales deben recoger estas orientaciones doctrinales, en cuanto posiciones uniformemente aceptadas, aunque sea de forma mayoritaria; mas luego, de recoger estos criterios constructivos e interpretativos, debe confrontarlo con la descripción típica en cuestión, pues puede que el constructo teórico-normativo no se condiga con la legalidad penal y ahí radica precisamente la problemática en el caso puesto a discusión: de acoger orientaciones dogmáticas que se corresponden con el estado actual de la ciencia penal, ni con las definiciones legales que el legislador ha definido en los tipos penales. No debemos olvidar que las construcciones dogmáticas son elaboraciones teóricamente eminentemente abstractas, cuya concretización se plasma en las sentencias de los Tribunales de Justicia. Se produce entonces una

contradicción dual: tanto con el pensamiento sistemático actual de la dogmática penal y con el principio de legalidad material.

Por otro lado se ve afectada la función primordial del Derecho penal según los postulados *ius-constitucionales*: la “protección preventiva de bienes jurídicos” así como la debida tutela de la víctima, que debe garantizar una Justicia Penal respetuosa de los intereses jurídicos que se someten a su amparo. Sin duda, los bienes jurídicos que se ven comprometidos con las fallidas resoluciones jurisdiccionales, constituyen la base de realización del ser humano; pilar fundamental del desarrollo del individuo en el sistema social; en tal medida, la orientación jurisprudencial antes anotada, vacía de contenido material a dichos intereses jurídicos.

Las orientaciones jurisprudenciales, como se verá más adelante, no son uniformes, pues no todos los Tribunales acogen la tesis de los elementos subjetivos del injusto, en los delitos contra el honor, lo cual redundaría en un debilitamiento significativo de lo que debe concebirse como “Tutela jurisdiccional efectiva”: acceso a la justicia, de obtener una respuesta fundada en Derecho y de tutela para con la víctima. Por consiguiente, no sólo se afectan los principios antes anotados, sino también el ideal de Justicia Material, consustancial en un Estado de Derecho, que pretende tutelar la libertad individual y la confianza del colectivo social hacia el sistema en su conjunto.

Por otro lado, la descripción social esbozada, no escapa de la crítica hacia los operadores jurídicos y hacia los hombres de ciencia, que se han avocados a un estudio incompleto del estado de la cuestión, en tanto, si damos una rápida lectura a las investigaciones últimas en el campo penal, éstas se circunscriben a detallar un esbozo del planteamiento dogmático sobre el tema, sin mayor proposición crítica y análisis jurisprudencial. Muchas veces nos olvidamos que debemos ser muy reflexivos a la hora de acoger determinadas posturas teóricas en el ámbito del Derecho penal, ora porque se trata de teoremas elaborados muchas décadas atrás ora porque pueden no reflejar la realidad positiva del país. Con todo, el análisis dogmático debe partir de la legalidad material, en cuanto a la estructura de la Ley penal de acuerdo a sus elementos definidores, pues de no ser así se estarían convalidando criterios de interpretación incompatibles con el Estado de Derecho, por tanto contrarios a la voluntad del legislador. En el Estado de Derecho, es una máxima política criminal que la creación delictiva y sus derivados, es una atribución exclusiva del legislador, oponible a la creación del Derecho por parte del juzgado. Conquista irreversible del Estado Liberal de Derecho y garantía de un derecho penal democrático.

Siendo así, queda claro que la problemática en cuestión tiene varias variables, intra-sistemáticas y extra-sistémicas.

La situación descrita refleja, entonces, la ruptura de las decisiones jurisprudenciales con la ley y con los fines últimos del Derecho penal.

1.2.-Justificación e Importancia

De conformidad con la realidad descrita en el acápite anterior, no cabe duda, que la relevancia de la presente investigación reside en la seguridad jurídica, en que deben ir revestidas las resoluciones jurisdiccionales en nuestro país, expresado en la uniformidad de la respuesta jurisdiccional y en el sometimiento de las decisiones judiciales al ámbito estricto de la legalidad, como máxima fundamental del Estado de Derecho. En tal virtud, la importancia reposa en la finalidad social y legal que cubre todo el espectro teórico y descriptivo de la realidad.

La Investigación, entonces, adquiere justificación, tanto desde un plano normativo como sociológico. La finalidad de toda ciencia social, y a esto no escapa la

ciencia jurídico-penal, es de resolver pacíficamente los conflictos sociales. Dicho de otro modo: construir un Sistema Penal eficiente y legitimante, es una tarea esencial que se encuadra en los fines mismos de la normatividad ius-fundamental, donde la persona humana y sus dignidad se instituyen en la piedra angular de todo el sistema.

En este orden de ideas, conocer con exactitud cuáles son los efectos y consecuencias, así como los factores que inciden en el estado de cosas descrito, es fundamental para poder plantear los correctivos de forma sistemática. A partir de esta información, se podrá hacer un diagnóstico real de la errónea (equivocada) orientación jurisprudencial. Identificando los factores que inciden en la problemática en cuestión, podremos esbozar un planteamiento normativo que se condiga perfectamente con la legalidad material y con el pensamiento sistemático actual de la ciencia jurídico-penal, es decir, la eficacia del planteamiento teórico-normativo se mide con su capacidad de rendimiento efectivo.

Frente a esta problemática se hace necesario investigar cuál es su real magnitud, en qué medida la misma genera inseguridad jurídica, qué factores determinan o contribuyen al mantenimiento

1.3.-Objetivos y Finalidad

1.3.1.-Objetivos

1.3.1.1.-Objetivo General:

1.3.1.1.-Determinar en qué medida la consideración de los elementos subjetivos del injusto en los delitos contra el Honor, por parte de los Tribunales Nacionales, incide en una respuesta jurisdiccional diversa y afecta el principio de legalidad.

1.3.2.-Objetivos Específicos:

1.3.2.1.-Elaborar una propuesta sistemática integral, que permita unificar la respuesta jurisdiccional conforme al principio de legalidad material.

1.3.2.-Finalidad

Con los objetivos a alcanzarse en la presente investigación se pretende lograr la unificación de los postulados científicos (dogmáticos), atribuibles al pensamiento sistemático (une el Sistema Penal con la Política Criminal), con la respuesta final del Juzgador. Una integración de una dogmática penal respetuosa del principio de legalidad con las resoluciones jurisdiccionales, la unión de la ciencia abstracta con el derecho penal aplicado finalmente. Y a partir de la información obtenida, proponer correctivos que permitan realizar el fin antes delineado.

2.-Formulación del problema

¿En qué medida el acogimiento de los elementos subjetivos del injusto por las resoluciones jurisdiccionales en los Delitos contra el honor, suponen una afectación al principio de legalidad material?

1.3.1.-Sub-problemas:

2.1.1.-¿La adopción de los elementos subjetivos del injusto en los delitos contra el honor, recoge una posición doctrinaria coherente con el pensamiento sistemático dominante en la actualidad?

2.1.2.-¿Constituye el principio de legalidad, una fuente de remisión obligatoria, para la interpretación normativa de los tipos penales?

3.-Hipótesis y Variables

3.1.-Hipótesis

3.1.1.-(H-1):-Las resoluciones jurisdiccionales que condicionan la tipicidad penal de la conducta en los delitos contra el Honor, a la presencia de elementos subjetivos del injusto ajenos al dolo, suponen una interpretación normativa incompatible con el principio de legalidad material.

4.-Marco teórico-referencial

La presente investigación se desarrolla esencialmente sobre bases teórico-dogmáticas, en base a las categorías de la teoría del delito, como plataforma de guía y de análisis, en cuanto a su contenido y fines, de conformidad con un pensamiento sistemático racional, que sintetiza los fines de la dogmática actual con los fines político criminales que se desprenden de un Estado Social y Democrático de Derecho. Partiendo de la premisa de la estricta legalidad, como principio rector del Derecho penal según la perspectiva ius constitucional, definida como la base normativa que debe guiar toda la tarea interpretativa, de acuerdo a los fines axiológico del derecho punitivo. En efecto, la aplicación de los tipos penales por parte de los Tribunales, no supone una operación mecánica y automática, sino que la descripción literal debe ser llenada de valoración con el fin protector del Derecho penal, de los bienes jurídicos –merecedores de tutela penal-, y los cometidos preventivos que debe desplegar la norma jurídico-penal, especialmente los fines preventivo-generales, que pueden ser anulados y/o neutralizados, cuando la interpretación normativa no se corresponde con la legalidad y con los fines últimos del Derecho penal.

A fin de realizar el análisis correspondiente, se ha tomado en cuenta el desarrollo y evolución epistemológica de las ideas penales, de las diversas posturas jurídico-doctrinales que han elaborado una serie de teorías, a fin de determinar la imputación delictiva conforme a un orden de valores, cuya crítica es importante a fin de determinar las causas determinantes que propiciaron la aparición de los elementos subjetivos del injusto, en la discusión dogmática contemporánea. Precizando la etapa histórica en que se introdujeron, a fin de averiguar el contexto político y científico a la vez, a fin de identificar su rechazo por el pensamiento sistemático actual, cuyo punto convergente es siempre el respeto hacia el principio de legalidad. Fue Mezger, que incorporó en el análisis dogmático-penal los elementos subjetivos del injusto, remitiéndose a concepciones propias del Derecho civil, en cuanto al contenido de la tipicidad penal, como esfuerzo dirigido a la distinción del injusto con la culpabilidad; en definitiva fue la escuela finalista con Welzel, que habría de categorizar los elementos subjetivos del injustos, al consistir dicha posición teórica en una exaltación precisamente de la subjetivización del Injusto, a partir de las categorías lógico-objetivas que importaron una espiritualización del concepto; empero, se logró una mayor coherencia y rigor sistemático, al agrupar dichos elementos junto al dolo en la tipicidad penal, a diferencia de Mezger.

A partir de una construcción teórica, que sintetiza los cometidos político criminales con el contenido de los planos dogmático a saber, esto es, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad, se logra entonces, un planteamiento científico adecuado a un Estado Social y Democrático de Derecho, sobre todo con Roxin en Alemania, puesto de relieve por sus seguidores (Schünemann, Rudolphi y otros), que dejando de lado un plano puramente ontológico, recurre a una visión teleológica de común idea con los fines que debe perseguir el Derecho penal en un orden democrático de derecho, tomando en cuenta los fines sociales que debe alcanzar cualquier ciencia social. En dicha construcción la categoría de la tipicidad penal importa el reconocimiento del *nullum crimen sine lege praevia*, donde el principio de determinabilidad normativa importa que la motivación de los ciudadanos a favor de la mensaje del legislador plasmado en la ley, y que la interpretación debe partir de su estructuración legal.

Precisándose que el desarrollo teórico fundamental esta referido a la indebida inclusión de elementos subjetivos del injusto –ajenos al dolo- en el ámbito de la tipicidad penal de los delitos contra el Honor, a partir de los criterios rectores de un Derecho penal orientado a la protección preventiva de bienes jurídicos, donde la guía interpretativa de los tipos penales se asienta en el principio de legalidad material, de conformidad con una máxima del Estado de Derecho.

5.-Ámbito de la Investigación

Al tratarse de una investigación de naturaleza esencialmente dogmática, el ámbito de la misma esta referido a la doctrina general y a la validez científica existente sobre las instituciones jurídicas bajo análisis, a la vez que a la literatura jurídica específica del derecho comparado y del derecho nacional; poniendo especial relevancia en las doctrinas jurídico-penales, que son aceptadas de forma mayoritaria, y que se apegan a la legalidad material, como fuente imprescindible de la tarea interpretativa, así como de los fines que se desprenden de una ciencia social, como lo es el Derecho.

Constituyendo objeto de análisis de la presente monografía, los criterios esgrimidos por la Jurisprudencia del Poder Judicial. No estableciendo límite alguno en el ámbito temporal, pues muy al contrario se tomará en consideración todos los

criterios que independientemente del momento en que se esbozaron, aún tienen vigencia o aplicación.

6.-Método utilizado y tipo de Investigación

6.1.-Método

En el presente trabajo de investigación, se utilizarán los métodos de Análisis y Síntesis, así como el Inductivo y Deductivo para trabajar la información teórica (axiomática y empírica), en coherente aplicación de la Dogmática, de la Exégesis y la Hermenéutica para la interpretación sistemática del derecho positivo vigente en correspondencia con la voluntad legis. Orientación interpretativa, orientada desde una perspectiva teleológica y finalista a la vez. Asimismo, utilizaremos el método comparativo para desarrollar la comparación y confrontación entre los diversos sistemas jurídicos extranjeros, previamente seleccionados como referentes de comparación. Para el desarrollo del trabajo empírico se ha empleado el método descriptivo – explicativo; especialmente el estadístico, dada la naturaleza de las variables e indicadores seleccionados. En este orden de ideas, arribaremos a las conclusiones que presentaremos como corolario de la presente investigación, el que a su vez, deberá corresponder fielmente con la hipótesis de investigación formulada en la presente.

6.2.-Tipo de Investigación

La presente investigación es de naturaleza descriptiva – explicativa, orientada a precisar las particularidades y características de las categorías (jurídicas), relacionadas con el tema, a la vez que determinar el rendimiento práctico o la funcionalidad de las mismas, inmersos en el marco jurídico confrontado con la realidad social.

Del mismo modo, se ha realizará un trabajo de tipo comparativo, al tratar de identificar las relaciones de semejanza, identidad y diferencia entre los sistemas jurídicos extranjeros de mayor influencia y similitud con el nuestro.

6.3.-Técnicas de Recolección de Información

Se utilizarán técnicas adecuadas para este tipo de investigación, como:

6.3.1.-Fichaje de Documentación doctrinaria:

Se empleará el recurso de las fichas bibliográficas a fin de recabar y almacenar la información obtenida de los diversos trabajos consultados, para luego analizarla, procesarla e interpretarla conforme a criterios metodológicos adecuados. Asimismo, se utilizará la información obrante en la red informática y otros mecanismos receptores de información, a fin de aglutinar todo el bagaje cognitivo que sea necesario para formar una base cognitiva de convicción idónea y relevante.

Habiéndose completado esta información, con los criterios contenidos en las decisiones finales de los operadores jurídicos contenidas en las resoluciones jurisdiccionales, dictámenes o acusaciones, recabadas a través de publicaciones de diversa índole así como también con los criterios que se desprenden de las ejecutorias expedidas por el máximo intérprete de la constitucionalidad normativa.

6.3.2.-Análisis Microcomparativos de Sistemas Jurídicos:

Se efectuará un análisis microcomparativo de los Sistemas Jurídicos argentino, español y alemán, con la finalidad de establecer las relaciones de semejanza, identidad y diferencia con nuestro ordenamiento jurídico.

CAPÍTULO SEGUNDO

ASPECTOS PRELIMINARES

-A modo de introducción

El Derecho penal constituye un medio de coacción legitimado en la esfera de libertad de los ciudadanos, en cuanto emana de la potestad soberana del Estado para garantizar la vigencia del contrato social; mejor dicho para configurar una convivencia social pacífica en base a los principios de igualdad y de libertad. De tal como que la violencia punitiva expresa uno de los cometidos más importantes del Estado, de asegurar un estado de libertades, pero coartando y restringiendo la libertad individual; en la medida que la tutela de los intereses generales supone en realidad la afectación a un interés individual, necesario para prevenir la comisión de comportamientos socialmente negativos y, con esto previendo la protección de los bienes jurídicos más importantes.

Función esencial del Derecho penal en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, que reviste de legitimidad en cuanto aparato de represión sobre los bienes de los ciudadanos. Empero, el principio de protección de bienes jurídicos, si bien llena de contenido material la intervención del derecho punitivo, no es garantía suficiente para legitimar su actuación en un orden democrático de derecho, donde la previsibilidad de la intervención publica es consustancial a las reglas mínimas de lo que debe entenderse por Estado de Derecho. El Estado de Derecho nace precisamente como negación a la arbitrariedad y el abuso estatal, redefiniendo las relaciones Estado-ciudadano bajo un marco de intervención regido por la Ley, esto es, el principio de legalidad material, como principio político criminal de primer orden en una sociedad donde impera el Derecho y la Justicia. En el Antiguo Régimen no existían límites a la intervención punitiva del Estado, pues el soberano detentaba el poder definir de la conducta delictiva así como el ejercicio de su imperio, definición que era determinada por su libre arbitrio, sin necesidad de tipificación penal previa; en estados autoritarios y dictatoriales el principio de legalidad material es arrasado en todos elementos o a veces es manipulado por injerencias propias de los órganos estatales.

El principio de legalidad material desde su aforismo *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*, significa una conducta humana sólo puede ser constitutiva de un delito (ilícito penal), cuando previamente el legislador sancionó una norma jurídico-penal conteniendo dicha conducta en su descripción típica. Dicha garantía es fundamental para el acatamiento mismo de la prohibición o del mandato penal, pues el ciudadano para que pueda motivarse positivamente, necesita previamente conocer de

la prescripción penal, a fin de adecuar su conducta conforme a dicha comprensión comunicativa. Primero se necesita conocer, para luego internalizar el mandato y, finalmente seguir conductivamente un estado positivo de configuración en sociedad, a fin de que los ciudadanos se abstengan de cometer comportamientos socialmente dañosos. En este sentido, su alcance estrictamente jurídico, es orientar a los individuos sobre las acciones u omisiones humanas susceptibles de castigo, tratando de que las fórmulas legales se estructuren claramente a fin de no incluir los pensamientos o las calidades personales¹.

El principio de legalidad material es fruto de la renovación ius-filosófica que se manifestó en el pensamiento de los representantes de la Ilustración, contra los postulados del Antiguo Régimen, de desterrar las prácticas propias de un oscurantismo penal por la iluminación de los principios y garantías fundamentales que dieron lugar a un Estado de Derecho, cuya fortaleza esencial es la Ley, en cuanto sujeción de la actuación pública al espectro de la legalidad. Esta es una conquista irreversible del Estado de Derecho, por lo tanto, incompatible ante cualquier pretensión estatal que quiera extender sus tentáculos más allá de los límites constructores de una política criminal democrática. Así también, la formulación de los postulados teóricos-doctrinarios, en cuanto a la elaboración de criterios interpretativos destinados a fijar el alcance y contenido de la ley penal, deben partir siempre de los contornos mismos de la Ley, pues no de ser así, se estaría vulnerando una garantía política criminal de primer orden en un Estado de Derecho, provocando un cisma en el principio de división de poderes, pues, es inconcebible que a partir de resoluciones jurisdiccionales se orienten fijaciones interpretativas que no se condigan con la legalidad. La creación judicial del Derecho, la extensión del ámbito de protección de la norma penal, la inclusión de elementos ajenos del ámbito estricto de la estructuración típica, son deformaciones que no se corresponden con el principio de legalidad material; únicamente se admite la interpretación analógica *in bonam partem*, es decir, cuando favorece al procesado; mas cuestión distinta es hacer aparecer elementos subjetivos del ánimo en construcciones típicas que no dicen nada al respecto.

A partir de la positivización del principio de legalidad el *ius puniendi* adquiere legitimación, control y límites en su concreción en la realidad social, es decir, los ciudadanos se encuentran protegidos por la ley, en sus relaciones con el Estado. Estado de Derecho es aquel Estado que se sujeta estrictamente al control formal de la legalidad, donde las normas reconocen y consagran los derechos subjetivos de los ciudadanos y asume su tutela ante el poder penal del mismo y ante sus relaciones con sus asociados. Se sostiene en la actualidad que el Estado de Derecho es una forma de racionalización de la vida estatal, que permite a la vez, un eficaz cumplimiento de los cometidos del Estado y por otra parte, hacer calculable la acción estatal mediante seguridad jurídica², el Estado de Derecho presupone división de poderes y la positivización de mecanismo jurídicos destinados a poner coto ante una pretensión expansiva de los poderes públicos. Furbach y Binding formularon una teoría del derecho penal del Estado de Derecho, desde una posición liberal el primero y desde una perspectiva autoritaria el segundo. Consecuentemente, los principios del Derecho penal que constituyen una concreción de la idea del Estado de Derecho son aquellos que se refieren básicamente a la previsibilidad de la acción represiva por el ciudadano y a los límites de esta acción, dicho más precisamente: el principio de legalidad, el de culpabilidad, el de proporcionalidad y la prohibición de *ne bis in idem*³.

¹ . Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Vol. I, cit., ps. 112-113.

² . Bacigalupo, Enrique; *Justicia Penal y Derechos Fundamentales*, cit., p. 81.

³ . Bacigalupo, Enrique; *Justicia Penal y Derechos Fundamentales*, cit., p. 82.

El Sistema Penal Garantista fue de inspiración en nuestra codificación punitiva, marcándose un hito en nuestra historia normativa, es pues en el Título Preliminar del Código Penal donde se consagran normativamente estos principios rectores del derecho penal que sirven para su legitimación, control y limitación, como vallas inoponibles en un sistema democrático. En tal sentido, el principio de legalidad coloca al ciudadano a un estadio de tutela, de que únicamente pueda ser sancionado por todas aquellas regulaciones que se encontraban vigentes al momento de la comisión del hecho punible. Es decir –como afirma Bustos Ramírez- el Estado ha de tener límites muy precisos y claros en su intervención sobre el ciudadano, a su vez el contenido de esos actos de intervención han de estar suficientemente detallados y especificados y por último el ciudadano ha de tener la posibilidad real de conocer con toda claridad tanto el contenido de esos actos como también el fundamento de ellos⁴.

La fundamentación del Estado Liberal de Derecho, surgió como formación ideológica de tres postulados –que nominaron principístamente la Revolución Francesa- libertad, igualdad y fraternidad, como proclama principal que significó la imposición de fundamentos políticos al derecho penal, en el marco de una pretensión democrática. El *nullum crimen, nulla poena sine lege, praeiudicium* tiene como fundamento y precedente normativo el artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre del 26 de agosto de 1789 y de la Constitución del 3 de setiembre de 1791. Sólo a partir de la ideología liberal impulsada por ésta (Ilustración) –escribe Mir Puig- y consagrada políticamente sobre todo a partir de la Revolución Francesa, se concibe como limitación del poder punitivo del Estado dotada de sentido de garantía para la libertad del ciudadano⁵, sólo desde entonces –dice Mezger- el principio de legalidad es un “Palladium de la libertad ciudadana”. La consagración de los derechos fundamentales tuvo la posibilidad de colocar las libertades individuales como paradigma sustancial que otorgó todo un crisol de garantías para la construcción de un derecho penal democrático.

El principio de legalidad de los delitos y penas, debido a Beccaria y expresado por Furbach con el aforismo “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, supone que sólo la ley (previa) aprobada por el Parlamento –y no el poder ejecutivo ni el judicial- puede definir las conductas que se consideran delictivas y establecer penas⁶, es pues, una garantía política que únicamente el poder legislativo ostente el poder criminalizador, los jueces están entonces sometidos al imperio de la legalidad e impedidos en la creación judicial del derecho, su sujeción estricta al principio de legalidad significó reducir su potestad discrecional al ámbito interpretativo y aplicativo de la norma jurídico-penal. Desde entonces, la regla “no hay pena sin ley” se ha impuesto prácticamente en todos los Estados con cultura de la tierra como garantía de libertad⁷.

1.-El principio de legalidad material como principio político criminal del Estado de Derecho

El fundamento político del principio de legalidad –tal como apunta Urquiza Olachea- tiene pues, dos aspectos principales: Uno de ellas se refiere que sólo el legislador puede dictar leyes penales, mientras que el otro destaca que las leyes penales no pueden sobrepasar y afectar más allá de lo prudente los derechos

⁴ . Bustos Ramírez, Juan; *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 3era. edición aumentada, corregida y puesta al día. Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1989, p. 59.

⁵ . Mir Puig, Santiago; *Introducción a las bases del Derecho Penal – Concepto y Método*. 2da. edición, Editorial B de F Montevideo-Buenos Aires, Julio César Faria – Editor, p. 126.

⁶ . Luzón Peña, Diego-Manuel; *Curso de Derecho Penal. Parte General I*. Editorial Universitas S.A. Primera reimpresión, Madrid, 1999, p. 81.

⁷ . Stratenwerth, G.; *Derecho Penal. Parte General*, I, cit., p. 83.

individuales⁸, lo segundo es de suma relevancia, en tanto pone freno a pretensiones punitivas desproporcionadas del Estado, en tal sentido, el bien jurídico juega un rol preponderante como criterio sistemático-exegético y como criterio constrictor en la producción de leyes penales. Mientras que lo primero es una plasmación concreta de las máximas del Estado de Derecho. Arroyo Zapatero señala que el principio de legalidad penal aparece como plasmación de la idea de Estado de Derecho, que se concreta en la exigencia de reserva de la materia penal para el poder legislativo (reserva de la ley)⁹. Quiere decir, entonces que la legitimación de la concreción normativa de la penalidad conductiva se condiciona a su expedición por un órgano público constitucionalmente revestido de dicha potestad. Por consiguiente, en virtud del principio de legalidad la ley penal es la fuente principalísima del Derecho penal por ser fuente exclusiva en todo lo relativo a la creación o agravación de la responsabilidad criminal (“reserva de ley” en materia penal) (...) ¹⁰. El fundamento político constitucional y su principal consecuencia de la reserva de ley sigue siendo hoy indiscutiblemente un pilar fundamental del Estado de Derecho¹¹.

La instauración del Estado Liberal de Derecho fue posible fruto del contrato social, inspirada en la doctrina contractualista de Beccaria, bajo los postulados del pacto social y con el principio de la división de poderes, si antes el poder penal residía en el derecho divino ahora su proclamación se legitima a partir del consenso político de los ciudadanos. Pero, unido a la doctrina del contrato social y de la división de poderes significa, además, el *nullum crimen* una poderosa garantía política para el ciudadano, expresiva del imperium de la ley, de la supremacía del poder legislativo –de la soberanía popular- sobre los otros poderes del Estado, de la legalidad de la actuación administrativa y de la escrupulosa salvaguarda de los derechos y libertades individuales¹², engloba la idea de sometimiento de los poderes públicos al espectro que refleja la legalidad y el hecho de que el poder penal no podrá rebasar la esfera de libertad de los ciudadanos sólo lo estrictamente necesario para tutelar los valores fundamentales –tanto del individuo como de la sociedad-.

En este orden de ideas, el principio de legalidad material como principio político criminal, incide tanto en un plano político como dogmático¹³; el primero se manifiesta en la potestad exclusiva del Poder Legislativo para definir que conductas pasan a constituir un tipo penal y que personas son susceptibles de ser criminalizadas, investidura que es conferida por el propio colectivo social a través de la renovación permanente del contrato social; por lo que el resto de poderes del Estado, se encuentran impedidos de ejercer este poder (criminalizador), pues de hacerlo estarían invadiendo fueros que sólo le competen al Parlamento. En tal virtud, el órgano jurisdiccional en un Estado de Derecho es únicamente el aplicador de la ley penal al caso concreto, la concretización de una condena pena, sólo puede emanar del dictado de una resolución judicial. Resolución judicial que no puede contravenir el mandato de legalidad, creando conductas delictivas que no se encuentran comprendidas en el listado de comportamientos típicos según lo estipulado en el artículo 2º inc. 24 lit. d. de la Ley Fundamental de común idea con lo previsto en el artículo II del Título

⁸ . Urquiza Olaechea; *Principio de Legalidad*, cit., p. 31.

⁹ . Arroyo Zapatero, Luis; *Principio de Legalidad y Reserva de la Ley en materia Penal*. En: Revista Española de Derecho Constitucional. Año 3, Núm. 8, mayo-agosto de 1983, Centro de Estudios Constitucionales, cit., p. 12; Así, Casabó Ruiz, José Ramón; *La Legalidad del Delito*. Universidad de Valencia, 1983, cit., ps. 38 y ss.

¹⁰ . Luzón Peña, Diego-Manuel; *Curso de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 137.

¹¹ . Arroyo Zapatero, L.; *Principio de Legalidad...*, cit., p. 13.

¹² . García-Pablos de Molina, Antonio; *Derecho Penal – Introducción*. Servicio, publicaciones, facultad derecho Universidad Complutense. Madrid, España, 2000, p. 323.

¹³ . Ver al respecto, Roxin, C.; *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, cit., ps. 43. y ss.

Preliminar del Código Penal; prohibición que no sólo debe entenderse en el sentido creativo de la conducta típica, sino también, en el entendido de incluir elementos (objetivos y subjetivos), que no se encuentran comprendidos taxativamente en el alcance y contenido de la descripción típica.

En el plano dogmático, significa que la interpretación de la norma penal debe condecirse con el ámbito estricto de la legalidad, de conformidad con una orientación axiológica y teleológica, tomando como base los fines del Derecho penal: la efectiva protección preventiva de bienes jurídicos penalmente tutelados, en correspondencia con el ámbito de libertad individual que también debe proteger la norma, evitando interpretaciones normativas que supongan una extensión aplicativa mas allá del supuesto de hecho reflejado en la norma penal; así también, cuando a fin de favorecer la impunidad, se incluya añadidos que no encuentran contenidos en la misma.

Como se sostuvo, en un Estado de Derecho el poder judicante no puede crear a partir del dictado jurisdiccional conductas delictivas, pero lo que sí puede es fijar criterios de interpretación normativa, a fin de esclarecer el contenido de la norma penal, sobre todo, cuando ésta manifiesta espacios de oscuridad y ambigüedad en su conformación típica.

Finalmente no podemos confundir el plano axiológico que se deriva de la legitimación material del orden jurídico, con un plano meramente formal, que viene imbricado con la idea del Estado de Derecho; pues la formalidad legal supone la sujeción a formas y procedimientos establecidos, en lo que respecta a la formulación normativa en materia criminal, siguiendo escrupulosamente los pasos a seguir desde los fueros del parlamento. Sin embargo, dicha vinculación formal no nos dice nada acerca de la legitimación de las leyes penales, cuyos efectos sancionadores inciden en la esfera de libertad ciudadana; pues su legitimación tiene que ver fundamentalmente con su correlato finalista, que emerge de los postulados ius-filosóficos que se desprende de un orden positivo que tiene como piedra angular a la persona humana y el fiel respeto a su dignidad inherente. Sin duda, esta es una discusión que va más allá de los fines propios de este trabajo de investigación¹⁴.

1.1.-La Interpretación normativa por parte de los Tribunales no significa creación del Derecho

En un Estado Social y Democrático de Derecho, la única fuente del Derecho penal es la Ley, ni la Jurisprudencia ni la costumbre tienen la posibilidad de constituir fuente de la conducta delictiva; pues a diferencia de otras ramas del ordenamiento jurídico, la conducta delictiva no puede emanar de un dictado jurisdiccional o de un acto que reiteradamente se comete por los miembros de una sociedad; y esto es así por la sencilla razón: de que el Derecho penal es privativo de las sanciones jurídicas más gravosas con que cuenta el Sistema Jurídico-Estatal; de tal manera, que ajustar los derroteros de la violencia punitiva del Estado, supone limitar su incidencia regulativa al principio de legalidad, de conformidad con el principio de mínima intervención; pues en un Estado de Derecho la opción única es reducir al máximo la violencia penal, a contrario de un Estado Autoritario, donde la violencia punitiva alcanza mayores ribetes de intensidad – Derecho penal máximo.

El principio de legalidad, fuertemente arraigado en el concepto Estado de Derecho, supone el imperio de la ley, un régimen político que se determina conforme a la conducción positiva que emana del parlamento. El imperio de esta ley significa “el

¹⁴ . Ver al respecto, Díez Ripollés, J.L.; *La racionalidad de las leyes penales*. Editorial Trotta SA, Madrid, 2003.

dominio del principio de la libertad de los ciudadanos del Estado¹⁵. Dicho en otras palabras: la garantía de tutela de libertad humana, se sostiene sobre los efectos que irradian de la Ley, en cuanta sujeción estricta por parte de todos los poderes públicos.

Según la idea de la división de poderes que se deriva de un concepto formal del Estado de Derecho, sólo al Parlamento le incumbe la sanción de las conductas típicas, aquellas que manifiestan una grave perturbación en los ámbitos de convivencia social; la definición legal de la conducta penal, es entonces, atribución exclusiva del legislador, quien a partir de los datos que provengan de las ciencias penales, dirigirá un mensaje normativo conteniendo un determinado comportamiento en relación a un bien jurídico penalmente protegido. Al juzgador no le queda otra función que aplicar la norma penal al caso que ha tomado competencia, mas dicha función no puede ser reducida a una actuación automática, pues para dar lugar a la concreción normativa, previamente el juzgador deberá confrontar la conducta jurídico-penalmente atribuida con la norma que recoge la descripción típica (juicio de tipicidad); juicio de valor que deberá tomar en cuenta los elementos tanto objetivos como subjetivos contenidos en la tipicidad penal. Tarea muchas veces de interpretación, en cuanto a fijar el alcance normativos de los tipos penales en cuestión. Toda ley requiere interpretación, y la interpretación es un proceso creativo¹⁶. Se trata de captar a través del conocimiento, el exacto sentido de la ley, su verdadera voluntad; es decir, la voluntad que late autónomamente dentro de la ley¹⁷. Interpretar es fijar el sentido de la ley para poder aplicar una regla general a una situación concreta¹⁸.

Los textos dirigidos al análisis de la Parte General del Derecho Penal, coinciden todos, en afirmar que la Jurisprudencia no es una fuente formal del derecho punitivo¹⁹. En efecto, en el marco del Estado de Derecho, el control a la violencia punitiva sólo puede efectivizarse mediante la vinculación estricta de los Tribunales a la ley, es decir, es el principio de legalidad que determina que conductas son prohibidas, o cuales son de cumplimiento obligatorio por los individuos. El apotegma del *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*, es entonces, una garantía para los ciudadanos, que genera seguridad jurídica y límites al poder punitivo del Estado, determinando de antemano no sólo las conductas merecedoras de pena, sino también, la sanción penal como norma secundaria. Empero, el legalismo o la teoría formal derecho, propugnada por los positivistas, puede muchas veces caer en el abismo de lo injusto y de lo arbitrario. Dicho de otro modo: *la legitimidad de las normas no sólo reposa en los valores que guiaron su construcción normativa, sino en su posibilidad de solucionar pacíficamente los conflictos sociales más perturbadores de nuestra sociedad. De que sirven las leyes, por mas hermosas que estas pueden ser por su sistematicidad y composición terminológica, sino están en posibilidad de ofrecer respuestas racionales, y, sobre todo, humanas, a la conflictividad social.*

De hecho, la interpretación de las normas no puede hacerse cerrado a valoraciones meta-jurídicas, esto es, a valoraciones sociológicas, pues, las normas, no olvidemos, se sancionan en virtud de un estado de cosas actual, pasado ese tiempo puede que ésta deba derogarse o modificarse. En definitiva, como escribe Díaz Palos, una interpretación jurisprudencial que se atuviera exclusivamente a deducciones

¹⁵ . Böckenförde, Wolfgang; *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia...*, cit., p. 24.

¹⁶ . Stratenwerth, G.; *Derecho Penal. Parte General*, I., cit., p. 94.

¹⁷ . Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal*, Vol. I, cit., p. 119.

¹⁸ . Bustos Ramírez, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 79.

¹⁹ . Así, Bustos Ramírez, al sostener que (...) la jurisprudencia es sólo fuente de producción derivada (por eso mismo no es fuente de validez) y, por tanto, está subordinada a la ley (o bien a la costumbre o a los principios generales); *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 77; Stratenwerth, G.; *Derecho Penal. Parte General*, I, cit., ps. 84 y ss.

lógico-formales puede conducir a soluciones injustas vueltas de espaldas a las exigencias vitales²⁰. La Jurisprudencia es una fuente inmanente de las directrices que guían la aplicación del derecho, en un mundo, que por su incesante dinamismo y redefinición axiológica, amerita una interpretación normativa de acuerdo a las particularidades del contexto social en el cual debe imponerse la ley.

Del principio de legalidad se exigen los mandatos de certeza, de estricta composición y de claridad, pero, acontece muy a menudo, que los tipos penales se determinan conforme a fórmulas normativas imprecisas, vagas o abiertas, utilizando elementos normativos de valoraciones muy llevadas a la abstracción. En tales casos, la intelección jurisprudencial se erige como la solución mas adecuada, para esbozar un determinado criterio aplicativo de la norma. Y es que el tipo penal, (...), es una abstracción de la realidad en un momento dado y lo que el juez hace no es otra cosa que descender en vía inversa o deductiva desde aquella abstracción, tipificada por conducto inductivo, a la realidad social que circunda en el momento de emitir su fallo y si tal realidad es mudable y cambiante, habrá de aplicar la norma acomodándola al tiempo histórico vivido usando todos los medios de interpretación (...) ²¹. Con todo, no sólo es necesario que la jurisprudencia acomode el sentir de la norma a la realidad social determinativa, sino también, de corregir los profesos errores de técnica legislativa, en los cuales cae permanentemente el legislador, sobre todo, en constelaciones legislativas como la peruana.

El Legislador –como apunta Fernández-Viagas- no es Dios, y al no serlo sus mandatos carecen de evidencia por sí mismos²². En ese sentido, desconocer que la jurisprudencia es una fuente del Derecho penal, a efectos interpretativos, es tan absurdo como pretender que no existan criterios uniformes de interpretación del Derecho penal²³. Siendo así, no queda mas que afirmar la enorme importancia que tiene la Jurisprudencia Penal en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, debiendo sostenerse que de cierta forma, constituye una forma solapada de crear derecho.

En resumidas cuentas, no se discute la labor interpretativa de la jurisprudencia, para descubrir el verdadero sentir de los tipos penal, en cuanto a la voluntad de la Ley determinada por los fines del Derecho penal; sin embargo, a partir de esta facultad judicial no se puede legitimar criterios de interpretación normativa que no se condicen con el texto literal de la Ley. La interpretación normativa, no puede de ningún modo desbordar el tenor literal de la ley, pues de hacerlo se estaría produciendo una creación judicial del Derecho penal, vedado en un orden democrático de derecho.

2.-La evolución epistemológica del Injusto y la Culpabilidad

El pensamiento sistemático ha ido renovándose de forma permanente, a fin de dotar de mayor racionalidad al sistema del delito o dígase a la teoría general de la imputación, concatenando sus elementos categoriales bajo contenidos axiológicos y teleológicos a la vez; pues, una de las deficiencias mostradas por las primeras construcciones teóricas del delito fue la desvinculación de la dogmática de las tareas político en una ordenación social; ruptura que paulatinamente fue provocando una serie de grietas. Situación tal, que desencadenará un giro copernicano en la

²⁰ . Díaz Palos, Fernando; *La Jurisprudencia Penal ante la Dogmática Jurídica y la Política Criminal*, cit., p. 48.

²¹ . Díaz Palos, F.; ob.cit., ps. 50-51.

²² . Fernández-Viagas Bartolomé, P.; *El Juez Imparcial*, cit., p. 51.

²³ . Carbonell Mateu, J.C.; *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, cit., p. 130; Así también, Bachof, O.; *Jueces y Constitución*, cit., p. 24.

orientación de la dogmática penal. Un sistema clásico apoyado fuertemente en conceptos naturalistas, basado en apogemas, propias del campo de la metafísica, muy direccionadas por la voluntad gubernativa.

El sistema del delito en un principio era un fiel reflejo, de cómo se reflexionaba acerca de las relaciones del Estado con el ciudadano, del ciudadano con el mundo divino; fue precisamente con la filosofía de la Ilustración, con el utilitarismo o el estado de naturaleza al estado civil, que propició un cambio en el pensamiento teórico-doctrinal. Esta evolución penal-ideológica que parte de la Escuela Clásica, de la Escuela Positivista, la Técnico-Jurídica, la Finalista, hasta llegar a las Escuelas funcionalistas, determinadas estas últimas desde orientaciones político criminales y a partir desde planteamientos sistémicos-normativistas.

Conocer a grandes rasgos la evolución del pensamiento doctrinal, es en realidad importante, a efectos de trazar la línea argumental que se dirige a cuestionar al aparición de los denominados elementos del "ánimo", cuya presencia en la dogmática actual no es mas que una pervivencia de posturas ontológicas y de contenidos propios de posiciones extremistas, y porque no decirlo totalitarias; que descienden a un umbral de la persona humana (delincuente), cuya faz no debe ser objeto de valoración jurídico-penal, esto es, las especificaciones motivaciones que lo determinaron a cometer un injusto pena; para eso basta el dolo, como elemento subjetivo del injusto que dota de contenido anímico y personal a la imputación delictiva, cuya esencia es a veces incompatible con estos ánimos, tal como lo demostraremos más adelante.

La dogmática jurídico-penal es coincidente, al considerar que el mayor logro que ha alcanzado la teoría del delito, es establecer una marcada delimitación entre la el Injusto y la Culpabilidad, entre el hecho socialmente desvalorado y el grado de reproche culpable atribuible al autor (proceso de imputación). Desde los albores de la ciencia jurídico-penal, los estudiosos en la materia orientaron sus esfuerzos a realizar una separación entre Injusto y Culpabilidad, como fundamento metodológico esencial de la teoría de delito, en la medida que dicha separación se realizó bajo varios matices diferenciados en sus propuestas derivadas y, en las diversas resoluciones concretizadas en su elaboración teórica. La pena presupone entonces la comisión de un Injusto penal y de un autor con capacidad de responsabilidad penal; pues en definitiva, de lo que se trata en realidad es de establecer la responsabilidad penal como un proceso de imputación, de cuya inferencia se deriva precisamente la pena.

Como primer escalafón se distingue entonces la acción u omisión, en cuanto a su relevancia típica (tipicidad), en cuanto a baremos de imputación objetiva y de imputación subjetiva. Seguidamente, la valoración se traslada a la categoría negativa de la antijuridicidad, donde se pone en cuestión, la concurrencia de preceptos permisivos, cuya acreditación hace de la tipicidad de la conducta, una permitida o mejor dicho autorizada por el ordenamiento jurídico; y finalmente, en el nivel de la imputación individual, se analiza al autor de forma concreta, primero, desde una valoración de imputación personal, en base a su constructo ontológico y social a fin de incidir en el nivel de motivabilidad normativa y, luego la asunción de determinados deberes en cuanto a exigibilidad de otra conducta.

En un principio se desarrolló un Injusto puramente objetivo al admitir el injusto civil como contrariedad al aspecto externo del hecho.²⁴ BINDING volcó la separación propia del sistema clásico entre los aspectos objetivos del hecho, afectos a la

²⁴ . Desde una valoración primigenia del Injusto, el delito era valorado desde un aspecto externo (*actus reus*, comportamiento prohibido) y aspecto interno (*mens rea*, mente culpable), la primera indica sobre la valoración externa que vendría a ser la antijuridicidad y la segunda sobre el aspecto interno, que vendría a ser la culpabilidad o dicho en términos más acabados "imputación individual".

antijuridicidad y los subjetivos, examinados en la culpabilidad.²⁵ El delito pasó a ser con VON LISTZ una acción antijurídica y culpable, construcción teórica a la cual posteriormente, BELING sumó la tipicidad. El Injusto Objetivo surgió en las construcciones sistemáticas del delito en autores como IHERING y HEGEL como mera desvaloración de los hechos externos. Esta estructuración se vio caracterizada por una concepción psicológica de la Culpabilidad, como nexo subjetivo del autor con el hecho externo desvalorado, por ende, sólo aquel con capacidad de culpabilidad podía ser destinatario de las normas, por lo que no se concebía un Injusto no Culpable. Asimismo, una concepción del injusto así formulado de esa forma, podía traer como atención cualquier acontecimiento, que provocara un estado de cosas desvalorado, como aquellos propiciados por la naturaleza y los seres ajenos a una imputación estrictamente normativa. En consecuencia, se construían dos variantes de antijuridicidad, visión favorecida por una concepción imperativista de la norma que produjo una confusión entre injusto y culpabilidad. HOLD VON FERNECK negó la construcción de un injusto objetivado, pero aplicó una concepción imperativista de la norma en el ámbito de la antijuridicidad que lo llevó a considerar dos variantes de antijuridicidad: el hecho genuinamente antijurídico (*Rechtswidrigkeit*) y el que se realiza sin estar amparado por el Derecho (*ohne Recht*)²⁶, por consiguiente los inimputables no estaban en capacidad de cometer hechos genuinamente antijurídicos porque a ellos no les alcanzaba el deber; el legislador les negaba la calidad de destinatarios de las normas, por ende, ante agresiones ilegítimas procedentes de agentes inimputables no era admisible la Legítima Defensa.

La concepción del tipo excesivamente objetivista, pierde coherencia con el tratamiento e inclusión de elementos subjetivos imprescindibles para una imputación real-valorativa, desnaturalizándose la valoración del aspecto material-lesivo del hecho con elementos ajenos a dicho enjuiciamiento de valor. En la medida, una correcta visión del Injusto, debe partir de una premisa fundamental: el despliegue de una conducta humana voluntaria y consciente, como presupuesto indispensable para establecer la relevancia jurídico-penal del hecho; de esta forma se configura una antijuridicidad de carácter penal, la cual puede ser causada, provenga o no de una acción culpable²⁷; el impulso de una acción final dirigida de forma consciente y no ciega como postulaban los partidarios del causal-naturalismo. La voluntad se constituye en la piedra angular que dota de sentido social y jurídico, la acción humana, sin ella se convierte en un mero objeto dotado únicamente de significancia natural más no fenoménica. Como ha puesto de relieve Welzel, el contenido de la voluntad, que anticipa mentalmente las consecuencias posibles de un acto voluntario y que dirige, conforme a un plan y sobre la base del saber causal, el suceder externo, se convierte en un mero "reflejo" del proceso causal externo en el alma del autor²⁸; de tal manera que la vinculación entre la conducta jurídico-penalmente disvaliosa y su autor, se funda en una concreta manifestación de la voluntad humana; como una vía adecuada para desvirtuar responsabilidad penal cuando el suceso externo no es obra del sujeto como

²⁵ . BINDING, Karl; *Die Normen und ihre Übertretung*, t.I, 2da. edición de 1890, FÉLIX MEINER, Leipzig, 1922.

²⁶ . Citado por Molina Fernández, *Antijuridicidad Penal y Sistema del Delito*, J.M.Bosch Editor, Barcelona, 2001; *Rechtswidrigkeit*, T. II, pp. 122 y ss.; en esa misma orientación, Merkel y Binding

²⁷ No puede negarse que el injusto objetivo en su desarrollo epistemológico haya logrado relevar a la lesividad del hecho para bienes jurídicos como núcleo de la antijuridicidad, es decir, de dotar a la antijuridicidad de un elemento material que fundamenta el fin esencial del Derecho penal que se ha preservado hasta la actualidad: la exclusiva protección de bienes jurídicos.

²⁸ . Welzel, H.; *El nuevo Sistema del Derecho Penal*, cit., p. 52.

individuo –portador de alma y de sentido-, premisa fundamental que recoge el Derecho penal para construir la imputación delictiva.

La calificación de los postulados teóricos del Positivismo son insuficientes para poder resolver la gran variedad y complejidad de casos que se plasman en la realidad social, se extendió incluso a la modalidad naturalista sociológica de VON LISTZ. El Sistema tripartita del delito: acción, antijuridicidad y culpabilidad encontraban insatisfacción explicativa con arreglo a la metodología Positivista, no podían explicar la omisión, pues ésta no es la negación de la acción²⁹. La omisión siempre tiene lugar mediante un hacer positivo, se hace cualquier cosa menos la esperada por el directivo de conducta; la exigencia de actuar proviene del mandato normativo, por lo tanto no podía ser explicado bajo una posición causal naturalista, siendo su base material derivada de una construcción eminentemente normativa. En cuanto a la antijuridicidad, dice MIR PUIG, con el Positivismo no era posible descubrir el esencial contenido de valor -inherente a dicha contrariedad normativa-; el concepto de antijuridicidad material no fue suficiente para superar la neutralidad valorativa³⁰; la antijuridicidad material no puede ser concebida únicamente como la causación de un resultado lesivo concretado en un bien jurídico protegido, era necesario remitirse a los elementos subjetivos.³¹ Apunta Bustos Ramírez, que durante toda la primera época de la formulación de la teoría del delito, esto es, dentro del estricto esquema de Liszt y Beling, se concibieron las características del delito –por el sentido naturalístico incluido dentro del sistema- como elementos, claramente deslindables unos de otros como la física o la química. Se trataba, pues, en cada caso de estancos separables, y de ahí que una pirámide en escalones fuera de la forma más apropiada para describir gráficamente el modelo³².

MEZGER en 1924 introduce en el Injusto, elementos subjetivos o de tendencia interna (*die Subjektive Unrechtselement*), reconociendo una clasificación tripartita del delito, distinguiendo entre delitos de intención, de tendencia y de expresión. Los elementos subjetivos son imprescindibles en algunos delitos, como el hurto para averiguar la intención del autor como elemento subjetivo configurativo, ajeno al dolo, elemento este último que es parte de la Culpabilidad. También puede la valoración del injusto referirse a lo espiritual. Con otras palabras: El injusto tiene junto a su lado externo también un lado interno (...) ³³, esto es, el injusto no sólo actuar contra el Derecho, sino una dirección impulsada por las fuerzas internas del hombre. El reconocimiento de la existencia de elementos subjetivos del Injusto, fuerza a su consiguiente inclusión del dolo y la culpa en el ámbito de la tipicidad por parte de Welzerl, pues en la construcción sistemática de Mezger el dolo y la imprudencia son parte de la teoría de la Culpabilidad como la dirección de la voluntad desvalorada. Abandonada la posición naturalista-causal del delito, tanto antijuridicidad como culpabilidad, no pueden seguir concibiéndose como la parte objetivo-externa y subjetivo –interna de la acción que materialmente da lugar al delito³⁴.

²⁹ . Mir Puig, S.; op.cit.

³⁰ . Ibidem.

³¹ . Sintetizando, escribe Mir: “En una tal concepción no encontraban adecuado asiento ni la imputabilidad ni las causas de exclusión de la culpabilidad (como el miedo insuperable), porque no afectaban a la relación psicológica del autor con su hecho”; cit, p. 209; Pues, todo el esquema metodológico del Positivismo no era capaz de construir una teoría del delito que encuentre coherencia sistemática entre sus elementos categoriales, una separación entre injusto y culpabilidad.

³² . Bustos Ramírez, J.; *Manual de Derecho Penal (PG)*, cit., ps. 137-138.

³³ . Mezger, E.; *Modernas Orientaciones de la Dogmática Jurídico-Penal*. Traducción del alemán de Francisco Muñoz Conde, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, cit., p. 34.

³⁴ . Mir Puig, S.; *El Sistema del Derecho Penal en la Europa actual*, cit., p. 32.

La expresión “típicamente”, expresa justamente la indisolubilidad de la tipicidad y la antijuridicidad; es, por eso que en todas estas obras la antijuridicidad antecede a la tipicidad, porque la antijuridicidad da la valoración que permite entender la tipicidad, pero a su vez sólo la tipicidad puede indicar los hechos antijurídicos que interesan al derecho penal³⁵. (...) El Derecho penal se refiere exclusivamente a la conducta humana; pero la “norma de valoración objetiva” valora esta conducta humana en su existencia dada, sin consideración a la cuestión del reproche personal³⁶. En esto radica –dice Mezger- la importancia diferencia entre injusto y culpabilidad, (...) como el más importante fundamento de toda sistemática jurídico-penal³⁷. La acción sigue manteniéndose como un elemento de relevancia para el sistema (teoría de la acción), la cual es punible siempre y cuando se dirija contra el Derecho y la persona sea penalmente imputable.

El desplazamiento de ambos elementos subjetivos del Injusto (dolo y culpa) en el ámbito nuclear de la tipicidad fue obra de la escuela Finalista propugnada por Welzel, quien introdujo la razón del actuar humano en una determinada finalidad, pues nadie hace algo por nada; basó su esquema metodológico en estructuras lógico-objetivas situadas en el campo de la fenomenología, adentrándose en la ciencia del espíritu. Por lo tanto, el Derecho penal tenía como función esencial un *minimum* ético-social; como narra Silva Sánchez, las estructuras lógico-objetivas: acción, culpabilidad, autoría, etc., se derivan de un conjunto del sistema dogmático de modo deductivo-axiológico;³⁸ construido sobre la base de verdades irrefutables, inmutables y estáticas, que dan cabida a una sistemática cerrada que neutraliza cualquier posibilidad de valoración orientada teleológicamente. Ante tal sistemática los elementos categoriales no ofrecían la funcionalidad necesaria que legitime la intervención del Derecho penal en un Estado Social y Democrático de Derecho. Al despojar a la culpabilidad de un matiz psicologizante se logró un avance significativo en la labor dogmática de separar el injusto de la culpabilidad, ésta se funda en la capacidad del hombre, de motivarse de acuerdo a la norma, por ende, la dota de un contenido puramente normativo, pero, lo reconduce al ámbito del indeterminismo, construida sobre un dogma de naturaleza no verificable por su contenido espiritual.

La reprochabilidad es el juicio de valor que recae sobre el autor por no haberse conducido conforme al efecto motivacional normativo. Mas no pudo interpretar correctamente a las Causas de Disculpa, al concebir a la culpabilidad como “el poder actuar de otro modo”, en tal situación el juicio culpabilista del autor no es medido de forma individual sino conforme al baremo del hombre medio, pues el autor no obra conforme a una motivación normal. Por lo tanto, se confunde la Culpabilidad en sentido estricto (imputabilidad) con el estado de inexigibilidad, situaciones diferenciadas que requieren valoraciones axiológicas diversas. En suma, la excesiva subjetivización del Finalismo, aboca el entendimiento de la norma en el Injusto como imperativo, sacrificando su delimitación con la Culpabilidad.³⁹, así como la imposibilidad

³⁵ . Cfr., Bustos Ramírez, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 133.

³⁶ . Cfr.; Mezger, E.; *Modernas Orientaciones de la...*, cit., ps. 32-33.

³⁷ . Mezger, E.; *Modernas Orientaciones...*, cit., p. 33.

³⁸ . Silva Sánchez, J.M.; *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*, Introducción, cit., p. 12.

³⁹ . Mientras que en el Neokantismo la diferenciación descriptiva entre lo externo e interno únicamente puede adoptar ventajas en el marco de una referencia valorativa, es decir, sólo de un aspecto jurídicamente relevante, la perspectiva metodológica Neokantiana, únicamente garantizó un carácter de ciencia a la dogmática en sacrificio de ubicarla en el campo subjetivo individual del espíritu y en los valores interculturales. El Neokantismo propuesto en un relativismo valorativo, acudió a la noción de “ciencias culturales” o del “espíritu” (*Geistnormen* oder *Kulturwissenschaft*); Mir Puig, S.; cit. p. 275.

de explicar de forma coherente con sus sistema la naturaleza jurídico-penal del injusto imprudente, donde la finalidad es irrelevante para la determinación típica, desatendiendo, entonces, a la valoración de las estructuras ontológicas. Además, en casos excepcionales, también pueden ser objeto de imputación jurídico-penal formas de comportamiento sin ninguna finalidad en absoluto como los movimientos reflejos involuntarios que sean evitables (...) ⁴⁰. Con todo, la sobre exaltación del finalismo conduce a soluciones irracionales, como efecto de la hiperbolación de la teoría de la acción, sin valorar aquellas conductas que solo son relevantes, en cuanto expresan ya una conducta de lesión, ante un ser de motivación normal.

La estructuración de un sistema del delito acorde con la funcionalización de sus elementos categoriales, orientados por valoraciones político-criminales, concibe a la antijuridicidad de un modo unitario, pero de contenido dual dirigido a un mismo norte. La antijuridicidad formal definida por la antinormatividad y la antijuridicidad material, definida por el contenido del Injusto, la cual dependerá del grado de afectación al bien jurídico protegido, por ende, el juicio de desvalor recaerá sobre grados cuantificables de lesividad material. En este nivel imputativo, se valora la concurrencia de los preceptos permisivos, en concreto las denominadas “Causas de Justificación”, que al entrar en confrontación con la acción típica elimina su antijuridicidad, esto quiere decir, la conducta típica es por sí lícita. El Estado de Derecho tiene como máxima la protección de los derechos fundamentales y la supremacía de la legalidad como fuente reguladora de los comportamientos humanos, pues, quien dirige su accionar ilícito a proteger tales presupuestos habrá obrado lícitamente; algo que tiene que ver con el principio de determinabilidad del tipo penal (*nullum crimen sine lege*): función de garantía y de motivación. Con ello se consigue (...) un buen criterio para la delimitación entre tipo y antijuridicidad ⁴¹. En cuanto al Estado de Necesidad, su justificación no sólo tiene como sustento legitimador la colisión de bienes de distinto valor de jerarquía jurídico-social, sino también incide una estimación cuantitativa del Estado de Necesidad, así como la relación de adecuación entre el mal causado y el evitado.

En cuanto a la Culpabilidad, definitivamente se deja de lado la pretendida libertad de actuar o capacidad de haber actuado de otro modo por su carácter indemostrable; el juicio de imputación individual (reproche personal) se basa en la atribución de responsabilidad al autor por haber vulnerado la norma, no obstante haberse podido motivar conforme al directivo de conducta, que en el momento de actuar se hallase en situación de recibir el mensaje normativo y de poder ser influido por él sin dificultades u obstáculos notablemente mayores que el destinatario ideal de aquel mensaje. ⁴² Claro esta, tomando en consideración al autor concreto, no al artificial y equívoca construcción del “hombre medio”; el grado de reproche debe recaer sobre el autor tal como es, de acuerdo a un contenido ontológico, social y cultural, esto quiere decir, no puede concebirse la Culpabilidad sólo desde una perspectiva normativa, pues se vaciaría de contenido la misma calidad de persona humana, con la consiguiente pérdida de reconocimiento Kantiana. En dicha comprensión conceptual, se identifica la culpabilidad en sentido estricto –imputabilidad- donde la incapacidad de motivabilidad es absoluta y los estados de inexigibilidad que son situaciones excepcionales en las cuales cualquier hombre hubiera sucumbido en la función de adecuar su conducta conforme a Derecho. Lo que niega la Culpabilidad no es la posibilidad de accesibilidad normativa, sino la incapacidad de ser motivado normativamente, dichos individuos no

⁴⁰ . Vid., Schünemann, B., *Razonamiento Sistemático...*, cit., p. 58.

⁴¹ . Muñoz Conde, F.; En la Introducción al libro de Roxin (PC y SDP), cit., p. 25.

⁴² .Cfr., Mir Puig, S.; cit., p. 33.

se encuentran en situaciones normales de activar positivamente dicha función, y en las deficiencias del propio desarrollo organizativo de competencia interna.

En lo que concierne a las Causas de Exculpación (estados de disculpa), son casos en que concurre una medida todavía tolerable de debilidad humana, por lo tanto decae fuertemente el merecimiento de pena por razones preventivas, porque el cumplimiento de la norma no era sin más, exigible. A esta categoría, BACIGALUPO le otorga una categoría intermedia entre injusto y culpabilidad, denominada "La Responsabilidad por el Hecho", o como estadio previo a la Culpabilidad en el sentido de MAURACH. Según nuestra posición, más de dotar al estado de inexigibilidad una categoría propia, ponemos el acento en el juicio de valor que este elemento fundamenta, el cual deberá ser anterior a la Culpabilidad en sentido estricto y posterior a las Causas de Justificación, de este modo respetamos la delimitación propugnada. Siendo así, como escribe Schünemann, la perspectiva externa (Injusto), perspectiva interna (Culpabilidad) deben estar orientadas a los criterios rectores de desvalor de la lesividad social y de la reprochabilidad⁴³. Complementando la idea, los elementos categoriales del delito deben estar orientados desde una faz teleológica, esto es, funcionalizados a partir de valoraciones político-criminales, como dice Schünemann, no pudiendo proceder de otra manera, especialmente ante conceptos intrasistemáticos de un nivel de abstracción muy elevado, como por ejemplo el Injusto y la Culpabilidad.⁴⁴ En consecuencia, y dado que tampoco la acción puede figurar en el nivel fundamental del sistema del Derecho penal, integrado por los predicados de valor, sino, a lo sumo, en el siguiente plano (de desnortativización), la base del sistema (o – según cuál sea la perspectiva – el plano superior de la pirámide conceptual) consta tan sólo de "injusto" y "responsabilidad"⁴⁵.

En este orden de ideas, somos de la idea, que la delimitación entre Injusto y Culpabilidad dependerá de la esquematización de un Sistema penal orientado a la exclusiva protección de bienes jurídicos como garantía de una intervención punitiva limitadora; de carácter material, expresada en la lesividad material como un estado de cosas jurídicamente desvalorado (antijuridicidad) que produce la intolerabilidad social que demanda la intervención punitiva y la Culpabilidad no sólo como fundamento rector de la Imputación Individual, sino como principio político-criminal que sirva de criterio racionalizador de merecimiento y necesidad de pena en base a criterios de prevención general y de prevención especial. Agregando a esta perspectiva sistematizadora, aquellos elementos que se compaginan en los estados de exculpación o factores de disculpa, cuya legitimación también se sostiene sobre fines preventivos y porque no decirlos de racionalidad (inexigibilidad de otra conducta); así también aquellas condiciones o circunstancias que condicionan la punibilidad de una conducta (condiciones objetivas de punibilidad y causas supresoras legales de punibilidad), que pueden actuar de forma positiva o negativa en orden a afirmar la necesidad y el merecimiento de pena. Un Sistema del delito y de la pena acorde con las bases fundacionales del texto iusfundamental, cuyo sillar edificativo es la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad, sin dejar de lado los otros intereses sociales también merecedores de tutela.

Sin duda, las continuas transformaciones que paulatinamente ha ido padeciendo el saber jurídico-penal en los últimos años, propiamente la dogmática penal, obedece a una serie de factores, uno de ellos la incesante búsqueda de fórmulas teórico-doctrinarias arregladas a Ley, que puedan sostener una idea de imputación delictiva sostenida básicamente sobre los fines del Derecho penal y en respeto de la dignidad

⁴³ . Schünemann, B; *La función de la delimitación de Injusto y Culpabilidad*, cit, p. 230.

⁴⁴ . Ibidem.

⁴⁵ . Cfr., Schünemann, B.; *Razonamiento Sistemático...*, cit., p. 72.

humana; buscando claridad conceptual y plenitud sistemática. Empero, la ciencia jurídico-penal no puede suponer un constructo normativo cerrado a valoraciones políticas, encaminada únicamente a dar una respuesta eficaz en la lucha contra la delincuencia, la subversión del contenido material de las categorías dogmáticas por las finalidades sistémicas, que terminan por sobreponer los fines del Estado a los fines de la persona humana. Visión incompatible con un Derecho penal del ciudadano, apegado a los derechos fundamentales, donde el plano axiológico se sostiene sobre los derechos humanos.

Cualquier otra visión que quiera darse a la dogmática, desde un plano estrictamente funcional, desencadena un Estado policial, llevado a la maximización de la respuesta penal, dando acogida a legislaciones de emergencia, que a la postre significan una negación misma a la condición de persona humana. Por consiguiente, el Derecho penal sólo puede estar al servicio del hombre y a la reivindicación de sus derechos más esenciales, no puede asumir una función anulatoria de la intersubjetividad humana, un derecho punitivo respetuoso de las garantías fundamentales; por eso, como dice Roxin, la síntesis del Estado de Derecho con el Estado Social⁴⁶, implica la coherencia entre la dogmática jurídico-penal y la política criminal, donde la prevención del delito es una misión esencial del Derecho penal, pero dicha prevención debe ajustarse al ideal social y jurídico de la persona humana. Parafraseando a Sainz Cantero, al penalista de hoy corresponde tomar posiciones claras y muy definidas⁴⁷.

3.-El tipo subjetivo del Injusto

La incorporación de los elementos subjetivos del Injusto en el planteamiento del pensamiento sistemático de la dogmática pena, se remite a las concepciones ontológicas de la categoría de la acción, como nivel pre-jurídico; correspondiente al tránsito de un Injusto plenamente objetivado a un Injusto que habría de reconocer ciertos elementos subjetivos al nivel de la tipicidad. En efecto, en un sistema bipartito, determinado por la categoría del Injusto y la Culpabilidad (Von Liszt – Beling), sólo este último nivel de la teoría del delito era penetrado por un elemento subjetivo, concretamente por la voluntad conciente (dolo) de vulnerar la norma jurídico-penal o de su forma inconsciente (culpa), a partir de relaciones psicológicas contrastables; por su parte el Injusto, suponía comprender a la tipicidad como un juicio positivo de confrontación entre la conducta descrita por el autor con el contenido descriptivo que se desprendía de la norma penal en cuestión; y, la antijuridicidad era un nivel de apreciación puramente negativo, esto es, la ausencia de causas de justificación habrían de complementar el desvalor antinormativo que deba lugar al Injusto. Una sistemática del delito, penetrado por valoraciones naturalistas propias de las ciencias mecanicistas, pues se trato de explicar el fenómeno delictivo partiendo de procesos físicos y biológicos, ajenos a la estructura psico-social del individuo. La acción, como comportamiento dominado por la voluntad, la tipicidad, como acontecimiento exterior descrito típicamente por el legislador, y la culpabilidad, que consistía en la relación psicológica del autor con su hecho, al ser “objetos materiales del mundo real”, habrían de poder ser constatados por el juez sin necesidad de incorporar juicios valorativos⁴⁸.

La tipicidad, cuyo análisis es trascendental para el trabajo en cuestión, era entonces un nivel puramente descriptivo, donde se describían las conductas delictivas,

⁴⁶ . Roxin, C.; *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, cit., ps. 49-50.

⁴⁷ . Sainz Cantero, José A.; *La Ciencia del Derecho Penal y su evolución*, cit., p. 107.

⁴⁸ . Schünemann, B.; *Razonamiento Sistemático en Derecho Penal*, cit., p. 44.

sin penetrar en el aspecto interior de la persona, es decir, el nexo subjetivo entre el autor y el hecho humano que da origen a la realización típica.

El Sistema Causalista, propio del positivismo jurídico, centraba su análisis desde un plano empírico, a través del plano mismo del ser, como si las conductas que se desprendían de los tipos penales no supondrían modelos valiosos de conducta, estrictamente del “deber ser”, pues las conductas prohibidas son reflejos de aspiraciones de comportamientos humanos, cuya adecuación típica debe surgir del ser para arribar al deber ser. La notable influencia del Neo-Kantismo puso en tela de juicio la estructura puramente descriptiva del Injusto y la relación psicológica que fundaba el juicio de culpabilidad, acentuando una perspectiva más valorativa, en ambos niveles dogmáticos, tonificando la esencia personal del delito a través de una mayor espiritualidad, fruto de una consideración ius-filosófica. Al margen del escaso desarrollo de esta corriente en el pensamiento sistemático, debe relevarse que con Max Ernst Mayer, que hace especial hincapié en los elementos subjetivos de las causas de justificación, (...) la separación entre el ámbito de lo subjetivo y lo objetivo no era posible, pues había injustos que necesariamente requerían de un elemento subjetivo para su comprensión jurídico-penal⁴⁹. Planteamientos provenientes del Derecho privado, importó el reconocimiento de ciertos añadidos en el injusto típico, en ciertos delitos habría que incluirse determinados “ánimos” a fin de complementar el juicio de tipicidad, so pena de reducir las descripciones típicas a meros procesos causales. Sin embargo, no se entendía como podían reconocerse elementos subjetivos a un nivel típico, y al mismo tiempo, reconducir el dolo y la culpa como nexos subjetivos del reproche de Culpabilidad.

Sin duda, es el concepto ontológico de acción, llevado por Welzel y también por Mezger, supuso añadir a este nivel dogmático, la incidencia como factor determinante de la tipicidad, el comportamiento humano generado por una voluntad dirigido a una finalidad pre-determinada. Mezger, como anota Muñoz Conde, en ningún momento niega la acción ontológicamente considerada sea también, como decía Welzel, un acto de la voluntad dirigida a un fin⁵⁰. La tentativa de circunscribir exactamente dentro de la “conducta humana” el suceso al cual se pueden conectar medidas jurídico-penales, se debe ajustar a los verdaderos acontecimientos de la vida. Por ello dice, Mezger, el concepto de acción es un concepto ontológico, el ser jurídico⁵¹. Por su parte Welzel, señala que la “finalidad”, o el carácter final de la acción, se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, asignarse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines⁵². La voluntad final, como factor que configura objetivamente el acontecer real, pertenece, por ello, a la acción⁵³; de tal modo que la voluntad se constituye en el factor generador de la conducta de incidencia penal, lo que da lugar a una subjetivización del Injusto. El hecho de que esta estructura prejurídica (es decir, previamente dada en la realidad) de la acción humana como ejercicio de la actividad final constituyera una estructura lógico-objetiva esencial para el Derecho penal resultaba para Welzel de un análisis de las funciones e instrumentos de la legislación penal⁵⁴. Lo único que niega, y en eso discrepa Welzel, es que el contenido de la finalidad (es decir, lo que el sujeto quiere conseguir con su acción) tenga que ya ser objeto de valoración en la tipicidad, y no en la culpabilidad como él había propuesto en su Tratado y era doctrina dominante desde Liszt y Beling

⁴⁹ . Bustos Ramírez, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 140.

⁵⁰ . Muñoz Conde, F.; *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo*, cit., p. 82.

⁵¹ . Mezger, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 87.

⁵² . Welzel, H.; *El nuevo Sistema del Derecho Penal*, cit., p. 41.

⁵³ . Welzel, H.; *El nuevo Sistema del Derecho Penal*, cit., p. 42.

⁵⁴ . Schünemann, B.; *Razonamiento Sistemático en Derecho Penal*, cit., p. 55.

en la dogmática jurídico-penal alemana⁵⁵. Por lo expuesto, en la doctrina del Finalismo se revela una concepción más subjetiva del Injusto, mientras que la posición de Mezger es aún objetiva, pero con ciertos matices subjetivos, como se verá más adelante.

Mezger reconoce que el derecho se refiere, por lo general, a la conducta externa (objetiva y física), señalando líneas más adelante, (...) que la convivencia externa de las personas es siempre, al fin y al cabo, solamente la expresión de una actitud interna y psíquica de ellas. Añade que tampoco el derecho puede pasar por alto este aspecto; si el derecho no quiere ser y no debe ser, fundamentalmente, una "ordenación de los sentimientos", puede y debe incluir en sus apreciaciones también lo psíquico como origen de la conducta externa⁵⁶; de ahí surgen los elementos subjetivos del injusto; (...), que en muchos tipos delictivos, incluso en la mayoría de los delitos dolosos, era necesario tener en cuenta para determinar la relevancia típica de la conducta algunos "elementos subjetivos del injusto", como el ánimo de injuriar en las injurias, la conciencia de la falsedad en el falso testimonio, el ánimo de apropiarse la cosa mueble ajena en el hurto, el ánimo lascivo en los abusos sexuales, el propósito de consumar el delito en la tentativa, etc., sin los cuales la conducta en sí misma carecía incluso de relevancia penal⁵⁷. De lo citado se colige una contradicción en la propia sistemática de Mezger, pues aún reconociendo la existencia de dichos elementos a nivel del Injusto, mantiene el dolo y la culpa en la Culpabilidad. Parafraseando a Welzel, con el descubrimiento de los elementos subjetivos de lo injusto se produjo una honda fisura en esta separación, aparentemente tan clara, de lo externo y lo interno, lo objetivo y lo subjetivo, y en la asignación de los "externo" a lo injusto y de lo "interno" a la culpabilidad⁵⁸. Por consiguiente, el Injusto plenamente objetivizado que caracterizaba a una concepción causalista del delito, es desplazado por una caracterización ontológica, cuya incidencia habría de determinar la configuración de un Injusto más inclinado a su factor subjetivo.

Autores como Sauer, parten de la premisa que la diferenciación fundamental de lo subjetivo y lo objetivo, intacta también a través de esta situación jurídica, debe ser distribuida justamente: Injusto y culpabilidad se diferencian ciertamente en la medida valorativa (juicio objetivo desvalorativo sobre la dañosidad social y la ilegalidad del hecho frente al reproche subjetivo de la culpabilidad sobre el ánimo ético-socialmente reprochable del autor), pero injusto y culpabilidad no se diferencian en el objeto pues el querer y el obrar penetran dentro de uno y otra. Así se explica que el juicio del injusto pueda referirse también a elementos subjetivos como la intención, el fin, el motivo; y por eso se incluyen también en la tipicidad objetiva elementos subjetivos que se reproducen aún en el juicio de culpabilidad⁵⁹. De ello se colige, una confusión plena de la delimitación del Injusto con la culpabilidad, pues los elementos subjetivos que se identifican en el plano de la tipicidad suponen una vinculación anímica con el hecho en sí, en cambio la culpabilidad, o mejor dicho la imputación individual, es un juicio de valor estrictamente personal.

Empero, al margen de las incoherencias sistemáticas que puedan haber presentado ambas posturas doctrinales, el análisis del tipo subjetivo del injusto debe partir de la siguiente premisa: que los hechos descritos normativamente en los tipos penales deben corresponder con los planos cognitivos y volitivos del autor, es decir, el elemento que debe estar siempre presente, es definitivamente el dolo: conciencia y voluntad de realización típica; por lo que ambas esferas deben abarcar los elementos

⁵⁵ . Muñoz Conde, F.; *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo*, cit., ps. 82-83.

⁵⁶ . Mezger, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 135-136.

⁵⁷ . Muñoz Conde, F.; *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo*, cit., p. 83.

⁵⁸ . Welzel, H.; *El nuevo Sistema del Derecho Penal*, cit., p. 98.

⁵⁹ . Sauer, G.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 119.

constitutivos del tipo penal, a efectos de declarar cumplida la realización típica. El dolo es, sin duda alguna, un elemento del tipo, sin el cual no puede ser constatada la tipicidad del acontecer externo⁶⁰; dicho así: el juicio de tipicidad supone en esencia la realización plena de los elementos objetivos y subjetivos de la construcción normativa en cuestión.

Ahora bien, la afirmación del dolo como elemento subjetivo del Injusto es una afirmación del componente anímico del cual debe ir impregnado el juicio valorativo de la tipicidad; cuya presencia es la regla general, bajo la complementariedad de los tipos culposos (cuya punición está condicionada a la regla de la taxatividad expresa); constituyendo los denominados “elementos del ánimo”, un plus en el carácter subjetivo del Injusto, a fin de delimitar correctamente el ámbito regulativo de la tipicidad penal, pero subordinado al principio de legalidad, pues el intérprete no puede sustituir al legislador, incorporando elementos que no se condicen con la estructuración típica en cuestión. En el caso del ejemplo repetido del hurto, el tema es claro, pues al constituir un tipo mutilado en dos actos, se exige el ánimo de aprovechamiento, que aparece como elemento expreso de tipicidad subjetiva; mas cuestión distinta es pretender incorporar estos añadidos “ánimicos”, en tipos delictivos, cuya construcción normativa no los reconoce como tal. Todo lo cual redundaría en una afectación flagrante al principio de legalidad y al principio de separación de poderes, pues el juzgador al condicionar la presencia de estos elementos a fin de dar cumplimentada la tipicidad penal, estaría asumiendo las veces de un legislador positivo.

Debe entenderse, entonces, que la presencia de dichos “elementos subjetivos del injusto”, parte de un carácter excepcional de la regla, sujeto al principio de legalidad, tal como se verá más adelante. Incluso para Mezger, estos elementos no eran mas que excepciones, expresamente exigidas por el legislador para darle relevancia penal a conductas que objetivamente consideradas son ambiguas y no tiene claramente una significación típica penal⁶¹; de todos modos, puede coincidirse, en que la presencia de dichos elementos resulta indispensable a fin de acentuar la relevancia jurídico-penal de la conducta, con efectos a su delimitación con el injusto civil o en su defecto con otra conducta delictiva que tutela el mismo bien jurídico (hurto de uso).

Por su parte Welzel, afirmaba que sólo era posible insertar, además, en el tipo, con sentido y sin dificultad, los elementos subjetivos del injusto, reconociendo la necesaria inclusión del dolo como elemento constitutivo del tipo⁶². Sin duda, esta es la concepción sistemática más homogénea de acuerdo a una visión integral del delito, pues lo subjetivo debe estar ya presente al momento que el sujeto da inicio a la realización típica (tentativa). Con todo, se abre paso al ámbito fenomenológico⁶³, para la determinación de la conducta relevante para el Derecho penal, cuya sobre-exaltación fuera luego cuestionada por posiciones de mayor depuración conceptual de las ciencias jurídicas, pues las estructuras lógico-objetivas no constituyen por si mismas, elemento fundamental para la determinación de la conducta típica. Así, Muñoz Conde, al escribir, que tanto en relación con el concepto de acción, como con otros conceptos de la Teoría del Delito (causalidad, imputación objetiva, culpabilidad, etc.) domina hoy un planteamiento normativo que le ha quitado, por lo menos desde el punto de vista teórico y filosófico, prácticamente toda relevancia a los planteamientos puramente ontologicistas de Mezger y Welzel⁶⁴.

⁶⁰ . Welzel, H.; *El nuevo Sistema del Derecho Penal*, cit., p. 99.

⁶¹ . Muñoz Conde, F.; *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo*, cit., p. 83.

⁶² . Welzel, H.; *El nuevo Sistema del Derecho Penal*, cit., p. 100; Así, Schünemann, B.; *Razonamiento Sistemático en Derecho Penal*, cit., p. 55.

⁶³ . Al respecto ver, Silva Sánchez, J.M.; *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, cit., ps. 59 y ss.

⁶⁴ . Muñoz Conde, F.; *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo*, cit., p. 85.

Por lo expuesto, podemos afirmar que la introducción de los elementos subjetivos del injusto en el ámbito de la dogmática penal, tiene que ver fundamentalmente con una postura ontológica del delito, mas no de una interpretación normativa que se desprenda de *lege lata*. Más aún no resulta desdeñable señalar, que la incorporación de los elementos del ánimo al tipo subjetivo del injusto, tiene que ver también con concepciones ideológicas y políticas a la vez, pues a su precursor Mezger se le vincula con el Régimen Nacional-socialista Alemán, particulariza en esencia una postura dogmática propia de un Estado autoritario, poniendo hincapié a un Derecho penal de autor. Inclusive a Welzel, anota Muñoz Conde, partidarios de la teoría causal de la acción, (...) han señalado la proximidad de la teoría final de la acción con el “Derecho penal de la voluntad” propugnado por la Escuela de Kiel⁶⁵; no olvidemos que el finalismo –a partir de las estructuras lógico objetivas- supuso una subjetivización del Injusto, que da lugar a un Derecho penal de voluntad, la superposición del disvalor de la acción por el disvalor del resultado, son elementos que dan a juzgar una concepción no muy democrática del recurso punitivo.

Entonces, ¿No es que estos “ánimos”, pueden ser el reflejo de una intervención excesiva del Derecho penal en ámbitos que legítimamente no le corresponde en un orden democrático de derecho, esto es, el aspecto anímico del autor, que únicamente debe manifestarse en el dolo y reconocidos de forma excepcional en algunas figuras delictivas, siempre que su inclusión esté amparada legalmente? Creemos que sí, pues su sobre-exaltación no responde a las finalidades político criminales que se desprenden de un Sistema penal propio de un Estado de Derecho, donde la relevancia jurídico-penal de una conducta debe determinarse sobre un doble baremo a saber: primero, que la conducta crea un riesgo jurídicamente desaprobado con aptitud lesiva, y que dicho comportamiento provenga de una actitud consciente y voluntaria del autor, que lo haya hecho con desprecio, rabia, desidia, etc., son elementos que no interesan a efectos de establecer el juicio de imputación delictiva. Debiéndose relevar, que el autor alemán que propugnó teóricamente la introducción de estos elementos, Mezger, era partidario de una dogmática jurídico-penal fuertemente impregnada de caracterizaciones criminológicas, que ponen el acento en el “ser delincuente”, a partir de estructuras étnicas y antropológicas. En 1951 –como recuerda Muñoz Conde- publicó una “Kriminologie”, depurada de las connotaciones más evidentemente racistas, aunque siguió insistiendo en la teoría de los “tipos de autor” que ya había defendido en épocas anteriores, y que también eran defendidas, aunque con distintas variantes, por algunos penalistas muy representativos del pensamiento jurídico nazi como Dahm o Schaffstein, según la cual determinadas características biológicas y psíquicas favorecían la comisión de delitos, y que dio lugar a leyes contra el tipo de autor de los elementos dañinos para el pueblo, de claras connotaciones racistas (...) ⁶⁶; de tal manera que debemos ser muy atentos, al momento histórico-social en que se introdujeron los elementos subjetivos del injustos, si bien suponían un avance significativo en la evolución de una dogmática penal mas depurada en sus conceptos contextuales, no es menos cierto que respondían a finalidades político criminales que no conciben con el modelo de un Estado Social y Democrático de Derecho, esto es, la protección preventiva de bienes jurídicos, mas no la degradación teórica del ser humano.

En reseña, podemos señalar sin reparos, que los elementos subjetivos del injusto fueron incorporados en el quehacer de la dogmática jurídico-penal a partir de posturas ontológicas del Injusto, de posiciones doctrinales que se adentraban en el espíritu del sujeto infractor (*geist*), en cuanto a la explicación de una fenomenología

⁶⁵ . Muñoz Conde, F.; *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo*, cit., p. 37.

⁶⁶ . Muñoz Conde, F.; *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo*, cit., ps. 30-31.

traía a mas por la actitud del agente, por su predisposición a delinquir, por su proclividad a la comisión de comportamientos socialmente negativos; definiciones conceptuales que se acercan peligrosamente a un Derecho penal del autor, donde los rasgos caracterológicos del autor son los que fundamenta la necesidad y merecimiento de pena, no los efectos perjudiciales concretos de la acción u omisión antijurídico; de todas formas su inclusión fue valedera, a fin de delimitar la zona de aplicación de típica de algunos injustos penales. Constituyendo de todas formas la excepción, pues el elemento nuclear que dota de contenido personal al injusto es sin duda el dolo y, basta con su acreditación para dar lugar al tipo subjetivo del injusto.

Exacerbar la personalidad humana, o dígame una sobre-exaltación a los especiales ánimos que llevan a una persona a delinquir, pueden de cierto modo ser irrelevantes para la imputación subjetiva del delito, pues su inclusión desbordante de la legalidad penal, mucha veces será utilizada para negar la tipicidad penal, concretamente para sustraer de la justicia al presunto infractor de la ley penal; v.gr., el médico que aprovechándose de su posición de dominio frente a la víctima, la ausculta sin ponerse el guante reglamentario o le introduce un objeto en algunas de las cavidades descritas en el tipo penal del artículo 170º del CP, no podrá escudarse en un pretendido ánimo científico, pues de entrada su conducta ya resultó una vulneración directa al bien jurídico objeto de tutela. Una posición en contrario significaría vaciar de contenido material un bien jurídico de tanta importancia en un orden democrático de derecho, como es el "Honor".

CAPÍTULO TERCERO

LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO

1.-A modo de aproximación

El bien jurídico, que duda cabe, sigue siendo objeto de discusión en el campo de la dogmática jurídico-penal, así como en lo referido a su contenido material⁶⁷. Objeto de debate que se remonta a varios siglos atrás, producto de las diversas posturas que se han ido elucubrando en la evolución epistemológica de la doctrina ius-penalista. Temática en cuestión, que es de especial trascendencia en el ámbito de la determinar la legitimación de los ámbitos de intervención del *ius puniendi*, en la esfera de libertad ciudadana⁶⁸; no podemos de perder de vista, que el Derecho penal importa una violencia institucionalizada, cuya descarga de coacción incide en el plano material de los bienes jurídicos fundamentales. El concepto de bien jurídico, como nos recuerda Mir Puig, no nació con el propósito de trazar una frontera al *ius puniendi* del Estado, sino que fue introducido por Birnbaum⁶⁹, en el ámbito de los delitos de religión y las buenas costumbres, en contra de los postulados liberales⁷⁰. No fue, entonces, un término de referencia para la legitimación del Derecho penal, sino como fuente de positivización legal

Tal vez, la carencia de una posición lo suficientemente convincente –teórica y empíricamente-, en cuanto a su propia construcción, a lo largo de su desarrollo conceptual⁷¹, ha permitido de cierta forma la irrupción de otras teorías, que ponen severos reparos, acerca de la legitimación del bien jurídico como función esencial del Derecho penal. Reconduciendo sus fines a objetivos sistémicos-funcionalistas, de corte normativista, pues en este caso la función vendría representada por el restablecimiento

⁶⁷ . Ver al respecto, Berdugo Gómez de la Torre, I.; *Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico*. En: Temas de Derecho Penal, cit., ps. 45 y ss.

⁶⁸ . Así, Vives Antón, T.S.; *Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: El problema de la apología del terrorismo*. En: Terrorismo y proceso penal Acusatorio, cit., p. 17.

⁶⁹ . Para Alcácer Guirao, la teoría del bien jurídico de Birnbaum, debe entenderse dirigida no tanto a establecer límites al legislador –ámbito de criminalización-, como a hallar una concreción dogmáticamente más fructífera de lo protegido por el Derecho penal; *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, cit., p. 96; Ver al respecto, García Pablos de Molina, A.; *Derecho Penal – Introducción*, cit., p. 370; Berdugo Gómez de la Torre, I.; *Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico*, cit., p. 47; Olaizola Nogales, I.; *El delito de Cohecho*, cit., p. 43..

⁷⁰ . Mir Puig, S.; *Introducción a las bases del Derecho penal*, cit., p. 112; Así, Vizueta Fernández, J.; *Delitos contra la Administración Pública: estudio crítico del delito de Cohecho*, cit., ps. 179-180.

⁷¹ . Ver al respecto, Silva Sánchez, J.M.; *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, cit., p. 267; Velásquez Velásquez, F.; *El Derecho penal en el marco de la Globalización*. En: Estudios Penales – Homenaje al maestro Bernardo Gaitán Mahecha, cit., p. 574.

de la vigencia de la norma, puesta en entredicho, por la desobediencia humana que se manifiesta en la infracción normativa, frustrando las expectativas sociales, de un comportamiento fiel hacia la norma⁷². En palabras de Zugaldía Espinar, la pena cumpliría la misión de confirmar el mandato jurídico como criterio orientativo de las relaciones sociales (confirmación de la norma defraudada)⁷³. El sistema elegido para ello es la sanción, es decir, la declaración de que se ha frustrado una expectativa y la consiguiente reacción frente a esa frustración⁷⁴; por tanto, la pena vendría a provocar el reequilibrio psíquico de la sociedad, frente a la necesidad de vigencia de la norma.

El concepto material del delito es lo que ha de definirse conforme a la opción que se adopte del bien jurídico, a fin de sujetar su función a límites y garantía⁷⁵, por vía de la política criminal. La determinación de la misión del Derecho penal con ayuda del concepto de bien jurídico ofrece al legislador un criterio plausible y práctico a la hora de tomar decisiones⁷⁶.

En todo caso, escribe Alcácer Guirao, debe advertirse que la opción por uno u otro concepto de bien jurídico –por ejemplo, la opción por un bien espiritualizado o por un bien jurídico de base material- sí puede venir a arrojar cierta trascendencia político-criminal, dilatadora de los márgenes de lo punible en el primer caso, limitadora en el último, (...); y ello, porque la adopción de uno u otro concepto de bien jurídico va a tener su origen, más o menos explícito, en una determinada perspectiva filosófico-política y; por ello, va a poder integrar de forma más o menos adecuada las aspiraciones de la perspectiva que explica y legitima su adopción⁷⁷.

Las tareas del Derecho penal deben de definirse conforme al modelo jurídico-estatal y según el artículo 43º de la Ley Fundamental, se reconoce un Estado Social y Democrático de Derecho. Una síntesis de la legalidad, a la cual debe someterse toda la actuación pública, a fin de asegurar la previsibilidad de la reacción estatal y, la seguridad jurídica propia del Estado de Derecho y; por otro, el aspecto social, redundando en el reconocimiento de la persona humana, como piedra angular de todo el Sistema Jurídico-Estatal, quiere decir esto, que toda la política jurídica estatal debe estar al servicio del individuo, de tutelar sus derechos fundamentales así como garantizar su acceso a los diversos procesos sociales. Siendo así, la política criminal debe orientarse a cautelar dicho valor supremo, tal como se contempla en el articulado primero de la Constitución Política; entonces, el Derecho penal ha de procurar que la sanción punitiva permita precisamente, cautelar las libertades fundamentales del individuo, como mecanismo de prevención del delito. A la inversa, una visión que parta de los fines utilitaristas del Estado, adquieren concreción, y porque no decirlo validez, en un Estado de Policía, donde la represión ciudadana es su característica principal, incompatible con las bases jurídico-filosóficas de un orden democrático de derecho.

La adopción de la postura, que se tome conforme a la discusión puesta en relieve, para revestirse de legitimación teórica, debe condecirse con el resto de principios que se desprenden de un Derecho penal democrático, nos referimos al principio de mínima intervención, es que el poder institucionalizado que significa el derecho punitivo, ha de intervenir, sólo lo estrictamente necesario, cuando aparezca un interés jurídico digno de protección penal, tomando como referencia los valores contemplados en el texto ius fundamental y la conducta humana genere un foco de

⁷² . Así, Gómez López, J.O.; *Fundamentos antropológicos y políticos de la teoría del delito*. En: Estudios Penales – Homenaje al maestro Bernardo Gaitán Mahecha, cit., p. 156.

⁷³ . Zugaldía Espinar, J.M.; *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 46-47.

⁷⁴ . Muñoz Conde, F.; *Derecho Penal y Control Social*, cit., p. 12.

⁷⁵ . Así, García Pablos de Molina, A.; *Derecho Penal – Introducción*, cit., ps. 368-369; Mir Puig, S.; *Introducción a las bases del Derecho penal*, cit., p. 132.

⁷⁶ . Olaizola Nogales, I.; *El delito de Cohecho*, cit., p. 41.

⁷⁷ . Alcácer Guirao, R.; *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, cit., p. 23.

conflictividad social "insostenible", donde el resto de medios de control social con que cuenta el Estado, no sean suficientes para cautelar su debida indemnidad, mejor dicho el contenido sustancial de los derechos fundamentales. Sino fuese así, podrían legitimarse cualquier intervención del Derecho penal, sea criminalizando comportamientos que sólo revelan una reprobación ético-social o desviando su atención a sofocar esferas de desestabilización política. Dicho de otra forma: el Derecho penal no ha de ser considerado (no puede pensarse en serio.....) como *un resorte y/o palanque de ciertas posturas ético-sociales, que de cuño se mantienen en ciertos sectores de la sociedad, tampoco como instrumento aplacador de coyunturas de alta conmoción social, éste debe servir para fines que se correspondan con la idea de lesividad social*.

La afirmación antes sostenida, adquiere rigor en la actual coyuntura de la política penal nacional, cuando el legislador en los últimos años ha reconducido el Derecho penal a una orientación maximalista, funcionalista y, porque no decirlo "simbólica" a la vez del ius puniendi estatal, que se manifiesta claramente en las últimas reformas legislativas, como la Leyes Nos. 28726, 28730 y 28704, así como el Decreto Legislativo N° 982, de julio del 2007; lo que en otras palabras significa la huida permanente hacia el Derecho penal, propiciando su desgaste nominal, con ello su deslegitimación social. Se cree ilusamente que el poder penal del Estado, ha de controlar todos los males sociales, a través del ejercicio intimidatorio de la ley penal (prevención general negativa), fines que a la luz de los hechos, se encuentran sumamente debilitados, de acorde a alta incidencia de reincidencia delictiva. Sin que ello deba entenderse a una renuncia del Derecho penal, como mecanismo preventivo de la delincuencia, sino como una advertencia, del camino equivocado del legislador en materia política criminal.

El divorcio del legislador para con los principios legitimadores del Derecho penal, propio de un Estado Social y Democrático de Derecho ha supuesto la preponderancia de ciertos intereses jurídicos, como la "Seguridad Pública" y la "Seguridad Ciudadana", que sin constituir en realidad verdaderos "derechos fundamentales", han sido superpuestos a los derechos fundamentales de la persona humana, como una vía para criminalizar las amenazas del orden público, que han desencadenado una mayor dureza de la respuesta punitiva. La finalidad garantística del bien jurídico es esencial, en orden a cautelar los límites de la política criminal del Estado. Esta habrá de impedir que el mismo sirva de mera pantalla para la protección penal de todo tipo de intereses, estrategias o convicciones morales cuya lesión, sin embargo, carecería de una auténtica repercusión negativa en la realización del individuo como seres sociales⁷⁸. En un Estado social y democrático de Derecho y, (...), la intervención punitiva sólo puede justificarse respecto de conductas trascendentes para los demás y que afecten a las esferas de libertad ajenas, siendo contrario al principio de ofensividad el castigo de una conducta inmoral, antitética o antiestética que, en absoluto invada las libertades ajenas y, específicamente, incida en la libertad de obrar de los demás⁷⁹.

Por lo expuesto, mi posición es que no se puede de ningún modo renunciar a la función de tutela de bienes jurídicos⁸⁰, como guía espiritual y material de la política

⁷⁸ . Silva Sánchez, J.M.; *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, cit., ps. 267-268.

⁷⁹ . Carbonell Mateu, J.C.; *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, cit., p. 217; Así, Zugaldía Espinar, J.M.; *Fundamentos del Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 54; Gómez López, J.O.; *Fundamentos antropológicos de la teoría del delito*, cit., p. 155.

⁸⁰ . En palabras de Polaino Navarrete, un Derecho penal que desde su inicio no se propusiera finalmente en esencia garantizar la protección de los valores más trascendentes para la coexistencia humana en sociedad, mediante el ejercicio de las sanciones penales en los límites social y jurídicamente tolerables, sería un Derecho penal carente de base substancial y no

criminal en un orden democrático de derecho, cuya falta de contenido material en algunos casos, no puede ser óbice para abandonar dicho criterio legitimador y limitador a la vez. No podemos perder de vista, que las tareas del Derecho penal –estrictamente preventivas-, deben sujetarse conforme las nuevas exigencias de la sociedad moderna, cuyas nuevas estructuras provocan la aparición de nuevos riesgos para los bienes jurídicos fundamentales, lo que ha justificado en estos últimos tiempos, la construcción de los bienes jurídicos supraindividuales, cuya legitimación reposa, precisamente en que son imprescindibles para reforzar la tutela de los intereses jurídicos “personalísimos”. Se erigen, entonces, como bienes jurídicos “intermedios”, que mediante el adelantamiento de la barrera de intervención del Derecho penal (delitos de peligro abstracto), procuran que los bienes jurídicos –inherentes a la persona humana-, puedan desarrollarse plenamente, en cuanto a la autorrealización de la persona humana, como integrante de la comunidad social. El Derecho penal desarrolla su finalidad última de mantenimiento del sistema social a través de la tutela de los presupuestos imprescindibles para una existencia en común que concretan una serie de condiciones valiosas, los llamados bienes jurídicos⁸¹. Con todo, la propuesta a concretizar, refiere lo siguiente: que la construcción de la teoría del bien jurídico, ha de contener aquellos intereses jurídicos que se vinculen directamente con la condición de persona humana, no sólo desde una consideración ontológica, sino también “funcional” y, de posibilitar su acceso a concretas actividades socio-económica-culturales⁸².

Por consiguiente, debe partirse de una integración de la ciencia criminológica con el Derecho penal, mediando la actuación de la política criminal, en las labores penalizadoras y despenalizadoras y, en este alud, el bien jurídico se instituye como una herramienta insustituible, como fuente de obligada remisión del legislador en su función definidor de la conducta típica y, por otro lado, con respecto al juzgador, como instrumento de hermenéutica jurídica, a fin de delimitar los criterios de interpretación conforme a una visión sistematizadora.

Recapitulando, habrá que sostener lo siguiente: el Derecho penal, entonces, no se dirige a cautelar la reserva moral de un pueblo, no tampoco a la preservación política del régimen de turno, sino a la protección de aquellos intereses jurídicos, que por su relevancia en el orden de valores comprendidos en la Ley Fundamental, merecen protección punitiva, a fin de mantener una coexistencia social pacífica, en cuanto a un orden social reglado por la Justicia y el Derecho. A decir de Rudolphi, según la Constitución, al Derecho penal le corresponde la misión de proteger posibles ataques a la normal convivencia en nuestra actual sociedad configurada por la Ley

inspirado en los principios de Justicia sobre los que debe asentarse todo Ordenamiento jurídico y, en cuanto tal, inservible para regular la vida humana en sociedad; *Derecho Penal. Modernas bases dogmáticas*, cit., p. 229; los cometidos del Derecho penal deben guardar correspondencia con los valores fundamentales, que el legislador les ha asignado supremacía constitucional, en este caso las libertades fundamentales, que sólo pueden verse afectadas legítimamente, como reacción punitiva del Estado, cuando se pone en riesgo el mantenimiento de las bases sociales, que han de tutelarse por las normas jurídico-penales. Cuando se deja de lado, la categoría material del bien jurídico, se trasciende el umbral de legitimidad, para ingresar a zonas oscuras de criminalización, que no se condicen con los fundamentos reales de una democracia, que supuestamente debía proteger dichos valores. Existe en realidad un plano empírico y cognitivo de equivocación, al creerse que ante mayores campos de intervención punitiva, las libertades individuales resultarán siendo más protegidas, todo lo contrario su vigencia material se debilita, fortaleciendo los fines sistémicos, ajenos a la visión personalista del orden jurídico.

⁸¹ . Roxin, C.; Citado por Serrano-Piedecabras Fernández, J.R.; *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho penal*, cit., p. 40.

⁸² . Así, García Pablos de Molina, A.; *Derecho Penal – Introducción*, cit., p. 365.

Fundamental; esto es, de evitar el comportamiento socialmente dañoso⁸³. En este contexto la función básica del Derecho Penal de protección de bienes jurídicos debe asumir hasta sus últimas consecuencias la "secularización del instrumento punitivo del Estado", en este sentido la plena asunción de los principios de libertad y tutela, propios del Derecho Penal del Estado democrático de Derecho, debe comportar la superación de concepciones jurídico-penales ancladas en principios de moralidad o eticidad de las respuestas punitivas⁸⁴.

En efecto, la intervención del Derecho penal sólo será lícita, mientras se identifiquen concretos estados de lesión y/o una conducta con aptitud seria de lesión a un bien jurídico de relevancia, para con el individuo o la sociedad; ello apunta a identificar el contenido material que debe acreditarse, cuando hablamos de antijuridicidad material, que se divide en dos planos a saber: primero, el disvalor de la acción, la realización de un riesgo no permitido que pueda crear un estado real de aptitud de afectación (tentativa, delitos de peligro) y, segundo, el disvalor del resultado, expresando una determinada magnitud de afectación en el contenido esencial del interés protegido (estados de perfecta realización típica)⁸⁵; en tal medida, las bases materiales acogidas por el legislador en el texto punitivo de 1991, dan lugar a un Derecho penal del acto en correspondencia con una Culpabilidad por el acto. Dicho de otra manera: *el disvalor de la acción y el disvalor del resultado, que suponen la imputación de riesgos y de resultados, constituyen la base material que legitima la intervención del Derecho penal en un orden democrático de derecho; por lo que su intervención en meras desobediencias administrativas o en ámbitos revestidos por la ideologización ética, implica su deslegitimación, a su vez su desgaste nominal, de acuerdo a la posición adoptada.*

Bien jurídico, dice Welzel, es un bien vital de la comunidad o del individuo, que por su significancia social es protegido jurídicamente⁸⁶. En todo caso, la orientación es clara, en el marco de una sociedad democrática no se puede pretender que el Derecho penal intervenga en cualquier ámbito de la vida social, sino únicamente en aquellos que revelan un alto contenido de lesividad social, conforme a criterios que se desprenden de la idea del disvalor de la acción y el disvalor del resultado, que de forma conjunta dan lugar al injusto penal, cuya necesidad y merecimiento de pena, se determinan de común idea con los principios de proporcionalidad y de ultima ratio. Como pone de relieve Silva Sánchez, la exigencia de que el Derecho penal intervenga exclusivamente para proteger bienes jurídicos (penales) constituye una garantía fundamental del Derecho penal moderno⁸⁷; por tanto, irrenunciable, al incidir como límites de esa misma intervención.

Desde los albores de la ciencia jurídico-penal, se fueron construyendo en varias direcciones la categoría del bien jurídico, al margen de posiciones ultra-intervencionistas, identificamos la postura de Binding. Dicho autor, parte de una concepción positivista, donde el bien jurídico es creado por el legislador normativamente, es decir, no es una concepción que éste la recoja, sino que es propia

⁸³ . Rudolphi, H.J.; *El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal*, cit., p. 82.

⁸⁴ . Morales Prats, F.; *Las formas agravadas de Homicidio: problemas de fundamentación material y cuestiones técnico-jurídicas*. En: Delitos contra la vida e integridad física. Director: José Luis Díez Ripollés, cit., ps. 255-256.

⁸⁵ . Así, Carbonell Mateu, J.C.; *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, cit., p. 218.

⁸⁶ . Welzel, H.; *Derecho Penal Alemán. Parte General*, cit., p. 15.

⁸⁷ . Silva Sánchez, J.M.; *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, cit., p. 267; Así, Polaino Navarrete, M.; *Derecho Penal. Modernas bases dogmáticas*, cit., p. 227.

del sistema⁸⁸. Con ello se confunde, la pretensión punitiva que adquiere concreción en la sanción normativa de las leyes penales, que es inherentes a la soberanía estatal, con los valores que han de ponerse en tutela, por medio de las normas. En efecto, debe considerarse que las normas jurídico-penales despliegan una función importante en el sistema, de desarrollar comunicativamente cometidos preventivos, cuando éstos son decepcionados por los individuos, a fin de que éstos adecuen sus comportamientos a los fines valiosos, que hay que cautelar en un estado de convivencia social pacífica. Sin embargo, estos cometidos, de prevención-general y de prevención-especial, que asume como función la norma jurídico-penal, esta plenamente conectado con la función esencial del Derecho penal; por ello, se dice con corrección que es a través de las tareas preventivas de las normas, que se puede garantizar la tutela de bienes jurídicos; (...) dado que la función del Derecho penal de protección de bienes jurídicos sólo puede realizarse haciendo surgir a los ciudadanos una motivación leal al Derecho, también es obvio concluir la existencia de una norma de determinación no escrita y dirigida a los ciudadanos, prohibiéndoles la comisión de acciones punibles⁸⁹. La infracción de la norma supone como dato material la lesión y/o la puesta en peligro de bienes jurídicos –penalmente tutelados-. Todo injusto típico, que lesiona la norma penal, tiene como contenido material la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido en el tipo legal⁹⁰.

El contenido y presupuestos tanto de las normas penales de sanción deben determinarse, asimismo, a partir de los fines y objetivos de un Derecho penal estatal⁹¹.

En tesis, la función del Derecho penal es la protección-preventiva de bienes jurídicos.

2.-Perspectivas sociológicas y funcionalistas

Entrando a las posiciones sociológicas, debemos destacar el gran aporte de Von Liszt, de pretender dotar de contenido material al bien jurídico –penalmente tutelado-, a diferencia de Binding, el legislador no crea positiva y legislativamente el objeto de protección⁹², sino que el Derecho penal lo recoge de la realidad social; pero admitió

⁸⁸ . Así, Mir Puig, S.; *Introducción a las bases del Derecho penal*, cit., p. 113; Berdugo Gómez de la Torre, I.; *Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico*, cit., p. 48.

⁸⁹ . Schünemann, B.; *Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal*, cit., p. 75.

⁹⁰ . Polaino Navarrete, M.; *Derecho Penal. Modernas bases dogmáticas*, cit., p. 229.

⁹¹ . Rudolphi, H.J.; *El fin del Derecho penal del Estado...*, cit., p. 82.

⁹² . En lo que respecta a Welzel, para aquel la misión del Derecho Penal es la protección de los bienes jurídicos mediante la protección de los elementales valores de acción ético-sociales; *Derecho Penal Alemán. Parte General*, cit., p. 16; entonces, al tutela de bienes jurídicos “punitivamente”, será necesaria mientras dichos intereses revelen valores ético-sociales, cuya vigencia debe ser afirmada por la norma jurídico-penal. Incluyendo con ello, elementos de valoración ajenos, a un concepto que se diga material del bien jurídico, no podemos confundir ciertos valores ético-sociales con las bases mínimas de coexistencia social; Si la potestad punitiva pretende utilizarse, apunta Quintero Olivares como medio de ordenar las conductas de los ciudadanos más allá de esos mínimos esenciales, sentidos, por lo mismo, por todos los coasociados, irremediabilmente caerá en la arbitrariedad y será antidemocrática pues, a partir de cierto nivel, los criterios éticos ya no son los mismos en todas las opiniones (por ejemplo, no se aprecia de igual modo la necesidad de respetar la vida humana que la “necesidad” de reprimir penalmente las violaciones de sepulturas; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 60; esta orientación en el derecho positivo vigente, podría, que duda cabe, legitimar ámbitos de intervención del derecho punitivo, en la esfera sexual de las personas, a pesar, de revelar comportamientos propios de la libertad humana, como la reforma traída a mas en el artículo 173º del CP, por obra de la Ley Nº 28704; A decir, de Alcácer Guirao, dicha tendencia filosófica-

que dicho interés no se convierte en bien jurídico hasta que es protegido por el Derecho, lo que equivale, también, a reconocer que se trata de una creación de éste, de un producto del Derecho Positivo⁹³. De ahí que construya un doble de valoración, una antijuridicidad formal y una antijuridicidad material, por ello sólo la primera encontraba un sostén dogmático, mientras que la segunda era una definición estrictamente de política criminal⁹⁴. En otras palabras dicho, la ruptura de la ciencia del Derecho penal, desde su consideración sistemática con los cometidos que ha de seguirse para prevenir y combatir la delincuencia.

De todos modos vale destacar, pretendió dotar al bien jurídico de un contenido "social", lo cual parte de una premisa en sí correcta. En este marco Von Liszt aspiraba a construir un sistema penal y un razonamiento dogmático cuyo contenido estuviera determinado, por la realidad social, que le servía de base y para ello propugnaba dos caminos claves: el bien jurídico y las causas de justificación⁹⁵.

En la Política criminal, escribe Roxin, incluye los métodos adecuados, en sentido social, para la lucha contra el delito, es decir, la llamada misión del Derecho penal; mientras que al Derecho penal, en el sentido jurídico de la palabra, debe corresponder la función liberal del Estado de Derecho, asegurar la igualdad en la aplicación del Derecho y la libertad individual frente al ataque del "Leviatán", del Estado⁹⁶. Con ello el divorcio de los principios liberales que han de llenar de contenido los planos dogmáticos de la teoría del delito con las tareas sociales del Estado. Como expone de forma correcta Serrano-Piedecabras, el concepto de bien jurídico tiene que ir necesariamente a la realidad social⁹⁷, en el sentido de englobar conductas que por su revelante "dañosidad social", deben ser criminalizadas, pero con ello, no nos propone criterios exactos de definición, que pueden arribar a esferas de intervención punitiva que no se condigan con los principios de ultima ratio y de mínima intervención. Von Liszt, señala Mir Puig, no dotó de concreto contenido al concepto de "interés de la vida" –o "condición de la vida" o "interés jurídicamente protegido"-, de modo que quedó sin una precisa respuesta la pregunta de que intereses merecen ser protegidos o, al menos, que criterio debe decidir la necesidad de su protección⁹⁸.

Aparecen, luego, las posturas sociológico-funcionalistas, cuyo principal aporte, es el reemplazo de la "dañosidad", por el concepto de bien jurídico; (...) aprecian la necesidad de entender los bienes jurídicos en su dimensión social, como condiciones

política se traducirá, en el ámbito del Derecho penal, en una etización general del mismo, en una fusión, más o menos inmediata, de lo jurídico con lo moral, tanto en la génesis, como en los fines, así como –consecuencia de dicha etización– en una subjetivación del contenido de lo delictivo; *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, cit., p. 56; Con tal proceder, expone Silva Sánchez, se justifica la ingerencia del Derecho penal en la esfera interna (en la estructura de valores) del individuo, tratando de sustituir el orden de valores preexistente en ella por uno conforme a los valores que se plasman en el Ordenamiento jurídico; *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, cit., p. 302; En resumen, como explica Polaino Navarrete, ha de desestimarse la noción absoluta de bien jurídico como mínimo ético, no sólo por la imprecisión, amplitud y ambigüedad de que la misma adolece, sino además porque no cabe desconocer que los objeto de tutela de determinadas descripciones típicas nada tienen que ver con tal límite interno de la conducta personal, ya que el propio Ordenamiento jurídico tiene que operar con criterios valorativos propios; *Derecho Penal. Modernas bases Dogmáticas*, cit., p. 237.

⁹³ . García Pablos de Molina, A.; *Derecho Penal – Introducción*, cit., p. 370.

⁹⁴ . Así, Alcácer Guirao, R.; *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, cit., p. 29.

⁹⁵ . Berdugo Gómez de la Torre, I.; *Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico*, cit., p. 49.

⁹⁶ . Roxin, C.; *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, cit., p. 32.

⁹⁷ . Serrano-Piedecabras Fernández, J.R.; *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho Penal*, cit., p. 41.

⁹⁸ . Mir Puig, S.; *Introducción a las bases del Derecho Penal*, cit., ps. 113-114.

necesarias para la conservación de un orden social⁹⁹. De hecho, habrá que señalar que la generalidad de estas teorías no parten del individuo *per se*, sino desde las necesidades del sistema social, en cuanto engranaje que hay que tutelar en aras de la funcionalidad del sistema. A juicio de este autor, escribe Serrano-Piedecabras, la experiencia habría demostrado la inoperancia limitadora del concepto de bien jurídico, motivo por el cual este último debería ser sustituido por el dogma de la "dañosidad social". Así las cosas, tan sólo el comportamiento que fuera disfuncional a la colectividad, todo aquel fenómeno social que impida o dificulte que el sistema social de la comunidad solucione los problemas relativos a su subsistencia sería susceptible de ser prohibido coactivamente mediante la amenaza de la pena¹⁰⁰. Mediando la inclusión del concepto de lo "funcional", se cae en el eminente peligro, de que las necesidades "funcionales" del sistema puedan prevalecer ante los derechos y libertades fundamentales de los individuos, legitimando esferas de intervención que va más allá de lo realmente y necesario para su real preservación, si hemos de considerar que dicha "funcionalidad", ha de dirigirse desde una visión "personalista" y no "transpersonalista". Los peligros que ello conlleva son conocidos, opina Alcácer Guirao, funcionalización de garantías individuales en aras de todo social y, lo que no es más que una consecuencia de los anterior, subjetivación y anticipación de los márgenes de lo punible, ya que los valores morales se "lesionarán" ya con actitudes morales¹⁰¹.

Si hemos sostenido, que la función del contenido material del concepto de bien jurídico, ha de actuar como límite al *ius puniendi*, dicho principio no puede ser reemplazado por otro¹⁰², que en definitiva no ofrece criterios delimitadores de la violencia penal, pues al revés las necesidades funcionales, cuando por ejemplo, se advierta una amenaza del orden público, legitimarán mayores criminalizaciones, anticipaciones significativas del aparato punitivo del Estado, propiciando que los bienes jurídicos fundamentales queden vacíos en su contenido esencial, lo cual es incompatible con el orden de valores que ha de seguir la política criminal en el contexto de un Estado Social y Democrático de Derecho. Como ha destacado Roxin, si se convierten en norte de la legislación penal las condiciones de existencia del sistema social, se abandona palmariamente el eje liberal de la teoría del bien jurídico y su procedencia del individuo¹⁰³. Con todo, una posición así concebida cae en inevitables campos de deslegitimación, pues la mayor seguridad pública que habría de alcanzar el uso indiscriminado del *ius puniendi* estatal, habría de desencadenar paradójicamente, en la inseguridad del ciudadano, de que su libertad individual se vea continuamente afectada cuando se haya de proteger los fines sistémicos del Estado.

Con seguridad, seguir esta propuesta teórica a toda consecuencia, importa abrir amplios márgenes de discrecionalidad por parte del legislador, al momento de definir la conducta incriminada, en el sentido de que el norte de la política normativa del Derecho penal, puede ser utilizada con fines estrictamente políticos, que tienden a la

⁹⁹ . Olaizola Nogales, I.; *El delito de Cohecho*, cit., p. 49.

¹⁰⁰ . Serrano-Piedecabras Fernández, J.R.; *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho Penal*, cit., p. 43.

¹⁰¹ . Alcácer Guirao, R.; *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, cit., p. 130; Así, Silva Sánchez, J.M.; *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, cit., p. 269; aunque para Mir Puig, a la hora de concretar el contenido de tal protección, la función social del derecho, como condición de la vida social de los individuos, lleva a referirla no a valores morales, no susceptibles de imposición coactiva, sino a la subsistencia de los sistemas sociales; *Introducción a las bases del Derecho Penal*, cit., p. 119.

¹⁰² . Así, Mir Puig, S.; *Introducción a las bases del Derecho penal*, cit., p. 121.

¹⁰³ . Citado por Serrano-Piedecabras, J.R.; *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho Penal*, cit., p. 42.

represión, y a la arbitrariedad del aparato público¹⁰⁴, de tendencias anti-democráticas, propios de algunos regímenes Latinoamericanos supuestamente “democráticos”. Es por ello, que la política penal del Estado, debe tener límites estrictamente marcados y, éstos son los principios rectores del Derecho penal en un orden democrático de derecho, como son: de exclusiva protección de bienes jurídicos, de ultima ratio, de subsidiariedad, de culpabilidad y de proporcionalidad, principalmente, cuyas raíces liberales se relacionan directamente con el individuo; el bien jurídico, por tanto, en cuanto a su contenido material debe construirse con referencia a la persona humana¹⁰⁵, desde una personal y social.

En cuanto a la crítica de las posiciones “funcionalistas”, Carbonell Mateu, señala que las teorías sistémicas aplicadas al Derecho penal, o bien tan sólo suponen una trasmutación terminológica –lo que sucede cuando se parte de un sistema democrático y se dan por supuestos los principios que de él emanan-, o son explicaciones profundamente reaccionarias, en la medida en que no se permiten el cuestionamiento de los valores ni, por supuesto, del sistema mismo¹⁰⁶.

No negamos rayadamente, un concepto “funcional” del bien jurídico, pero su contenido debe estar ligado a las necesidades del individuo, conforme a su propia autorrealización personal y a posibilitar que éste pueda participar en las actividades que el Estado esta obligado a cautelar¹⁰⁷; (...) determinados objetos se convierten en bienes jurídicos, por tanto, en la medida que están dotados de un contenido de valor para el desarrollo personal del hombre en sociedad¹⁰⁸. Mediante esta fórmula legitimamos la intervención del Derecho penal no sólo en la circularidad atomista del individuo (bienes jurídicos personales), sino también aquellos que se refieren a su vida social, nos referimos a los bienes jurídicos supraindividuales. Una concepción político-criminal, dotada de intención limitadora, del bien jurídico tiene que arrancar del principio que sólo puede considerarse “bien jurídico”, como objeto merecedor de protección jurídica-penal, aquello que sea necesario para la subsistencia, en ciertas condiciones, de la sociedad¹⁰⁹.

3.-La teoría Constitucionalista del bien jurídico

La Ley Fundamental en un Estado Republicano, simboliza todo un rosario de intereses de la sociedad, en cuanto al reconocimiento de las libertades fundamentales y de los derechos subjetivos que requieren de amparo constitucional, por otro lado define el modelo jurídico-estatal, conforme al principio de separación de poderes, configurando la Institucionalidad democrática del Perú. En efecto, el legislador en la Carta Política, ha consagrado los valores más importantes de la persona humana, adquiriendo la categoría de “derechos fundamentales”, donde la persona humana y el respeto por su dignidad, constituyen los valores supremos del Estado y de la sociedad, tal como desprende del artículo 1º de la CPE; mientras que en el artículo 2º se han glosado los derechos fundamentales, desde una consideración eminentemente “personalista”.

¹⁰⁴ . Así, Olaizola Nogales, I.; *El delito de Cohecho*, cit., p. 50.

¹⁰⁵ . Así, Silva Sánchez, J.M.; *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, cit., p. 270; Berdugo Gómez de la Torre, I.; *Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico*, cit., p. 52.

¹⁰⁶ . Carbonell Mateu, J.C.; *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, cit., p. 35.

¹⁰⁷ . Ver en referencia, Olaizola Nogales, I.; *El delito de Cohecho*, cit., p. 51.

¹⁰⁸ . Silva Sánchez, J.M.; *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, cit., p. 271.

¹⁰⁹ . Mir Puig, S.; *Introducción a las bases del Derecho Penal*, cit., p. 116; Así, Berdugo Gómez de la Torre, I.; *Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico*, cit., p. 51.

La relación de la Ley Fundamental con el Derecho penal es en realidad muy estrecha, pues la CPE, contiene en su texto normativo, los principios fundamentales que ha de guiar el diseño de la política criminal del Estado, sólo en cuanto parámetro de guía. El desarrollo real de la política criminal, ha de plasmarse en la sanción de codificaciones sobre la materia, que deben ser congruentes y compatibles con los valores que tutela la Constitución, sancionados de conformidad con el principio de reserva de Ley. ¿Debe el legislador ceñirse estrictamente a los valores fundamentales de la persona humana, en la construcción de los bienes jurídicos de relevancia penal?

Partidarios de esta posición, son Berdugo en España y Bricola en Italia; para el primero de los mencionados a la hora de determinar cuáles son los intereses importantes para el mantenimiento de un sistema social deben tomarse como referencia el texto de la Constitución en la línea apuntada por Bricola¹¹⁰. Según Bricola, el ilícito penal puede concretarse exclusivamente en una lesión significativa de valor constitucionalmente relevante, entendiendo por relevancia constitucional de un bien "la asunción del mismo entre los valores explícita o implícitamente garantizados por la Carta Constitucional"¹¹¹. La coherencia constitucional exigiría, desde tal punto de vista, que la limitación de la libertad mediante el derecho penal sólo se justificara por la protección de otros valores de relevancia constitucional¹¹².

En definitiva, la Constitución se erige como la fuente fundamental de todo el ordenamiento jurídico, en cuanto a la concreción de la política jurídica que debe ser congruente con los valores que se recogen en el texto ius-fundamental y, en el caso del Derecho penal, debe existir una estrecha relación, a fin de fijar la materia de incriminación. La vida, el cuerpo, la salud, la libertad, el honor, la libertad de expresión, resultan de una expresión de primer orden, referidos a los derechos subjetivos que lo son inherentes a la persona humana, adquiriendo tutela penal, desde una perspectiva garantizadora del individuo. Son bienes jurídicos que provienen del reconocimiento de los derechos civiles y políticos, cuyo reconocimiento normativo de orden constitucional es producto de la filosofía liberal del Estado de Derecho¹¹³. Como pone de relieve Carbonell Mateu, su entender, sólo los bienes jurídicos con relevancia constitucional pueden ser objetos de tutela penal¹¹⁴. La exigencia de una consagración constitucional, directa o indirecta, de los bienes penalmente protegibles (...) parece, pues, plenamente justificada, en la medida que pone en relieve que una intervención tan intensa sobre el individuo como la pena sólo puede justificarse en caso de afectación de un elemento esencial de la vida en común, al que ha alcanzado el consenso plasmado en la Constitución¹¹⁵.

Bienes jurídicos que no sólo han de mirarse desde una consideración estrictamente personalista, en lo que respecta al ser humano como portador de derechos, sino también incidiendo en una perspectiva social, de aquellos intereses jurídicos que hacen posible que el individuo pueda integrarse con sus congéneres,

¹¹⁰ . Berdugo Gómez de la Torre, I.; *Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico*, cit., p. 54.

¹¹¹ . Citado por García Pablos de Molina, A.; *Derecho Penal – Introducción*, cit., p. 371.

¹¹² . García Arán, M.; *Constitución y Derecho Penal, veinte años después*, cit., p. 288.

¹¹³ . Peña Cabrera Freyre, A.R.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 52.

¹¹⁴ . Carbonell Mateu, J.C.; *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, cit., ps. 215-216; Zugaldia Espinar, J.M.; *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 48.

¹¹⁵ . Silva Sánchez, J.M.; *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, cit., p. 274; En la concepción que propone Vives Antón, el bien jurídico concreto se conforma, no sólo a partir de los tipos penales, sino también de la Constitución y, específicamente, del contenido de los derechos fundamentales, desde los que se decide hasta que punto y en qué sentido una determinada prohibición penal resulta constitucionalmente legítima; *Sistema democrático y concepciones del bien jurídico:...*, cit., p. 46.

aquellos que pertenecen a todos los ciudadanos, pues permiten una adecuada convivencia social, nos referimos a los bienes jurídicos supraindividuales (el medio ambiente¹¹⁶).

Ahora bien, de acuerdo a lo expuesto debe precisarse lo siguiente: si lo que tutela el Derecho penal, son bienes jurídicos esenciales para el individuo y la comunidad, dicha protección debe ser realmente necesaria, cuando se revelan una conducta especialmente desvalorada (injusto penal), pues no olvidemos, que la actuación punitiva supone la afectación de un bien jurídico fundamental del individuo, esto es, la libertad personal. Posición que se condice con los principios de subsidiariedad y de ultima ratio, por tanto, como hemos subrayado hasta el cansancio, el contenido material bien jurídico debe constituirse en límite, en freno del poder punitivo, precisamente para tutelar esa libertad. Por tanto, si bien la Ley Fundamental consagra los valores fundamentales, no por ello, todos los que se encuentran glosados en sus preceptos normativos, por sí, merecen tutela penal. Un ejemplo claro, el principio de igualdad constitucional es un criterio rector en un orden democrático de derecho, que permite el trato igualitario hacia todos los ciudadanos por parte de la Ley y, las instituciones públicas. Empero, a partir de dicho concepto no se puede convalidar la incriminación de conductas, que si bien pueden atentar contra dicho principio, no manifiestan el contenido de injusto penal cualificado, que se exige para la penalización de un comportamiento socialmente negativo, como ha sucedido en el caso del derecho positivo vigente, con la inclusión del tipo penal de discriminación, que se encuentra contemplado en el artículo 323° del CP, incorporado por la Ley N° 27270 del 29 de mayo del 2000¹¹⁷, de este modo pondríamos en grave riesgo la tutela de las libertades fundamentales; (...) la tensión implícita en la intervención punitiva puede resumirse en la necesidad de limitar la libertad –para proteger –junto a los valores restantes–, esa misma libertad¹¹⁸.

No negamos de ningún modo con ello, la estrecha relación que debe existir entre el Derecho penal y la Constitución Política, en el marco de la teoría del bien jurídico protegido, mas no es suficiente para determinar la legitimidad de la intervención punitiva; como apunta Zugaldía Espinar, no ofrece las garantías de seguridad necesarias como para erigirse en un instrumento exclusivo para la selección y jerarquización de los valores que el Derecho Penal esta llamado a proteger, su valor orientativo respecto de ambas cuestiones para estar fuera de discusión¹¹⁹. Parte de una premisa correcta, pero necesita de una mayor concreción limitadora, para construir un criterio material que sirva de guía al legislador en la política criminal, en sujeción a los principios de un Derecho penal democrático¹²⁰. Así, García-Pablos de Molina, al sostener que no es correcto confundir los derechos fundamentales, reconocidos por la Constitución, con los bienes jurídicos: porque, mientras aquellos encuentran su tutela en la Constitución, sólo algunos de ellos –y exclusivamente

¹¹⁶ . La legitimidad de la intervención punitiva del medio ambientes es indiscutible, cuando se parte de una posición personalista, la ubicación del individuo con respecto al sistema ecológico, de poder desarrollarse en un ambiente adecuadamente equilibrado, mediando la preservación de la áreas verdes y forestales; (...) no se trata ya únicamente del aseguramiento de la calidad de vida, sino que más bien esta en juego entretanto la existencia biológica del ser humano y su medio ambiente, proclama Eser; *La Evolución del derecho penal alemán en las últimas décadas del siglo XX*. En: Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos – In memoriam, Vol. I, cit., p. 268.

¹¹⁷ . Luego modificado por la Ley N° 28867 del 09 de agosto del 2006; Ver más al respecto, mi obra: *Derecho Penal. Delitos contra la Libertad e Intangibilidad Sexual*, IDEMSA, Lima, 2007.

¹¹⁸ . García Arán, M.; *Constitución y Derecho Penal, veinte años después*. En: Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos – In memoriam, Vol. I, cit., p. 287.

¹¹⁹ . Zugaldía Espinar, J.M.; *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 48.

¹²⁰ . Así, Olaizola Nogales, I.; *El delito de Cohecho*, cit., p. 55.

respecto a cierta clase de ataques- se convierten en bienes jurídicos y alcanzan protección penal¹²¹.

En palabras de Gómez López, la tarea estatal y legislativa en procura de determinar un sistema de derecho punitivo, implica necesariamente un desarrollo ajustado de la preceptiva constitucional la cual necesariamente tiene un poder configurador, que implica el reconocimiento y aplicación de unos principios de democracia, pluralismo, humanismo, rehabilitación y sentido social, justifica material y preservación de los derechos humanos¹²².

Sentada la consagración constitucional, señala Silva Sánchez, es preciso, pues, proseguir en la labor de concreción de las características de los objetos penalmente protegibles, para lo cual será preciso tener presentes los principios político-criminales que han de inspirar de modo general el ejercicio del *ius puniendi* del Estado¹²³.

Al margen de lo que se vaya decir, más adelante, considero que el bien jurídico debe gozar de todos modos un respaldo constitucional¹²⁴, sea directo y/o indirecto, lo cual resulta correcto como premisa fundamentadora, pero la ulterior concreción debe determinarse conforme a criterios de necesidad y de merecimiento de pena, pues no basta que el interés jurídico tenga reconocimiento "constitucional"¹²⁵, sino que debe agregarse algo más: debe tratar de un injusto penal cualificado, una lesividad social lo suficientemente significativa (disvalor de la acción y disvalor del resultado), para que se requiera la intervención del derecho punitivo, de este modo limitados su ejercicio y, no ponemos en riesgo las libertades fundamentales.

Por otro lado, al momento de sistematizar el contenido del bien jurídico, no podemos construir un sola definición de cada uno de ellos, pues aquellos no resulta posible, en tanto cada interés puede revelar una cierta determinación, lo que no es tanto así en otros. Hoy en día, la política criminal del tercer milenio, trae a colación bienes jurídicos "difusos", que por su abstracción, hace difícil la identificación de la materia de protección, pero que por su vinculación con bienes jurídicos personales, conlleva su legitimación. Los bienes jurídicos son tan diversos que no pueden constituir un género integrado por realidades que tienen un género en común: a lo sumo, cabrá hablar de "una familia" cuyos diferentes integrantes están enlazados, no por algo que tengan en común, sino por una suerte de parentesco¹²⁶. Como este mismo autor, plantea lo único común de los bienes jurídicos, es su contrariedad al Derecho¹²⁷, es decir, su "antinormatividad".

Con todo lo dicho cabe afirmar lo siguiente: la Ley Fundamental constituye un fuente esencial, de imprescindible remisión para el legislador al momento de concretizar su labor penalizadora y despenalizadora, de acuerdo a los cometidos político criminales, pues ésta comprende en su seno, los valores primordiales de toda sociedad democrática de derecho; sin embargo, la remisión constitucional no puede ser suficiente, pues es de verse que la intervención del Derecho penal tiene ciertos límites y, entre éstos de vital importancia una dañosidad social "significativa", que da cabida al principio de ofensividad. Dicho en otras palabras: *la necesidad y el merecimiento de pena ha de colegirse con un comportamiento que en realidad revele*

¹²¹ . García-Pablos de Molina, A.; *Derecho Penal – Introducción*, cit., p. 371.

¹²² . Gómez López, J.O.; *Fundamento antropológico y político de la teoría del delito*, cit., p. 127.

¹²³ . Silva Sánchez, J.M.; *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, cit., p. 275.

¹²⁴ . Así, Quintero Olivares, G.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 66; García Arán, M.; *Constitución y Derecho Penal, veinte años después*, cit., ps. 288-289.

¹²⁵ . Así, Carbonell Mateu, J.C.; *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, cit., p. 217.

¹²⁶ . Vives Antón, T.S.; *Sistema democrático y concepciones del bien jurídico:...*, cit., p. 44.

¹²⁷ . Vives Antón, T.S.; *Sistema democrático y concepciones del bien jurídico:...*, cit., p. 47.

una aptitud de lesión y/o aptitud de afectación de un bien jurídico de trascendencia social, de que se constituya en un injusto penal cualificado; de todos modos debe subrayarse que no es necesario que el bien jurídico se encuentre contemplado en un precepto constitucional, bastando para ello su vinculación directa con un interés jurídico que sí goza de tutela constitucional. Los delitos informáticos¹²⁸ así como el tráfico ilícito de personas¹²⁹ son un claro ejemplo de lo dicho, el primero relacionado con el derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones, mientras que el segundo, con la integridad y dignidad humana. Se trata, entonces, de una naturaleza funcional del bien jurídico, donde la necesidad de tutela tiene que ver con la procura de la autorrealización personal así como con la visión social del bien jurídico, de posibilitar que el individuo pueda interrelacionarse con sus pares, de participar en las actividades socio-económico-culturales que debe promocionar un Estado Social y Democrático de Derecho, de ahí la legitimidad de la construcción de los bienes jurídicos “supraindividuales”, mediando la técnica de los delitos de peligro abstracto.

Bienes jurídicos, anota Mir Puig, son las condiciones necesarias, según la observación empírica, de un correcto funcionamiento de los sistemas sociales¹³⁰; empero, para que la definición de la conducta típica no desborde el umbral de legitimidad, dicho funcionamiento no se puede fijar desde una preponderancia sistémica-funciona, reduciendo el ejercicio individual de los derechos fundamentales a un hacer organicista¹³¹, sino todo lo contrario, desde una visión personalista¹³², de esta forma cautelamos que el derecho punitivo no se convierte en un arma de opresión de las libertades fundamentales, propiciando descargas penales desproporcionadas, superponiendo los fines políticos del Estado, sobre los estrictamente personales. Mediando dicho trazado de concreción material, permitimos y aseguramos a la vez, que el bien jurídico no pierda su función “limitadora” y, a su vez la tutela por parte del *ius puniendi* de las libertades fundamentales del individuo. Si se reconoce, parafraseando a Häberle, que el Derecho penal realiza y tutela el ejercicio de los derechos fundamentales en sus propias finalidades intrínsecas, entonces ello va en beneficio de su legitimidad¹³³.

4.-Desde la perspectiva de los derechos fundamentales

La historia nos revela que la transformación político-cultural-ideológica-filosófica de las bases programáticas y fundacionales de un Estado Liberal de Derecho a un Estado Social y Democrático de Derecho, ha significado dotar de raigambre constitucional a los valores esenciales del ser humano, normas de *ius cogens* que requieren ser positivizadas, que ameritan una tutela intensa por parte de la política jurídica, pues constituyen la plataforma de desarrollo del ser humano, cuya negación

¹²⁸ . Tipificado en el Capítulo X del Título V del CP, artículos 207-A, 207-B y 207-C, incorporado por la Ley N° 27309 del 17 de julio del 2000.

¹²⁹ . Contenido en el artículo 303-A del CP, incorporado por la Ley N° 27202 del 15 de noviembre de 1999.

¹³⁰ . Mir Puig, S.; *Introducción a las bases del Derecho Penal*, cit., p. 123.

¹³¹ . Häberle, P.; *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*, cit., p. 39.

¹³² . Así, Häberle, cuando sostiene que una concepción “funcional” de los derechos fundamentales no puede desarrollarse en menoscabo de su significado de tutela del individuo. Los derechos fundamentales no están garantizados sólo para alcanzar un “resultado global” (Gesamterfolg), sino que también están garantizados en determinados sectores de la vida para permitir el pleno desarrollo de la personalidad individual; *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*, cit., p. 39.

¹³³ . Häberle, P.; *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*, cit., p. 45.

importa un ataque de alto disvalor social y jurídico, propiciando una reprobación socio-jurídica que se plasma en la política criminal del Estado. No sólo hablamos de una tutela por parte de los Estados nacionales, sino que el compromiso de hoy en día, es una integración jurídica de las Comunidades democráticas, a fin de proteger eficaz y debidamente a los derechos fundamentales, aspiración universal que toma lugar a través de la sanción de Convenios y Tratados Internacionales, de reconocimiento, vigencia de dichos derechos y, como instrumentos de Derecho penal internacional y de Derecho internacional pública, que refuerzan de forma significativa la persecución y sanción de los crímenes que atenten contra los derechos fundamentales, abriendo las fronteras para una persecución internacional así, como el establecimiento de una Corte Penal Internacional.

La cultura de los derechos humanos nace como consecuencia de la evolución epistemológica del ius-naturalismo, cuando se reconoce que los derechos subjetivos del hombre, en cuanto a su dignidad y personalidad, merecen una protección especial para el Estado y, que precisamente dicha tutela, no puede suponer la negación del contenido esencial de dichos derechos, siendo dichos derechos inalienables, imprescriptibles e irrenunciables. Podemos decir que los hombres desde un estado de naturaleza, previo a la noción del contrato social, llevan consigo ciertos derechos naturales, que luego son recogidos positivamente, cuando se transforman en derechos regulados por las convenciones. Llevados los hombres a la creación de un estado civil sobre la base de un contrato, estos derechos naturales de carácter subjetivo (frente a las visiones medievales objetivistas del Derecho natural) pasan, en mayor o menor grado, a conformarse como derechos positivamente reconocidos y regulados¹³⁴.

En sus antecedentes, el ius naturalismo, se basa esencialmente en aquella visión ideológica, de que los derechos del hombre deben partir de una ley divina y suprema, pues éste es un derecho que es anterior a las leyes del hombre, por tanto, éstas últimas no pueden resultar incompatibles con la primera de ellas. El iusnaturalismo es dualista, es decir, está pensando en la existencia de dos sistemas jurídicos, pero que no se encuentran en un rango similar, puesto que el Derecho natural es superior al Derecho positivo¹³⁵. Pero, por otro lado, debemos reconocer que el resurgimiento del ius-naturalismo en oposición al positivismo jurídico, ha permitido el desarrollo doctrinal de una Teoría de la Justicia, que ha de incidir en el plano axiológico y teleológico de las normas jurídicas, de que éstas no contradigan el contenido esencial de los derechos subjetivos. Dicho en otros términos: que el Derecho en su conjunto ha de servir al ser humano y, no a la inversa, como puede deducirse desde las teorías normativistas, que en el campo del Derecho penal provocan consecuencias nocivas para la ontología humana.

Ahora bien, debemos proyectar una definición de derechos humanos, que pueda servirnos para el enfoque que pretendemos trazar en el presente análisis. Pérez Tremps, anota que la expresión “derechos fundamentales” sirve para poner de manifiesto la naturaleza especial que dichos derechos poseen: su consideración como elemento básico y preeminente del ordenamiento, frente a la naturaleza “ordinaria” que los demás derechos subjetivos poseen¹³⁶. En efecto, no todos los derechos subjetivos, tienen *per se* el rango de derechos fundamentales, sino únicamente aquellos relacionados con el individuo, en cuanto a su naturaleza inherente a dicha condición ontológica.

Parece que el concepto de Derechos humanos (Derechos fundamentales), tiene que ver necesariamente con la protección universal que dichos bienes jurídicos han

¹³⁴ . Sauca, J.M. y otros; *Curso de Teoría del Derecho*, cit., p. 276.

¹³⁵ . Fernández, E. y otros; *Curso de Teoría del Derecho*, cit., p. 297.

¹³⁶ . Pérez Tremps, P. y otros; *Derecho Constitucional*, Vol. I, cit., p. 128.

adquirido en los Tratados y Convenios Internacionales, que por constituir su vulneración, una ofensa grave a los sentimientos de la Comunidad Internacional, poseen el rango de normas de ius cogens. En el marco de la codificación penal, han merecido una tipificación especial, glosados bajo la nomenclatura de delitos de “lesa humanidad”, tal como se desprende del Título XIV-A del CP¹³⁷, que comprende los delitos de genocidio, desaparición forzada de personas y tortura.

Los derechos fundamentales, escribe Häberle son la expresión de un ordenamiento libre y realizado, y al mismo tiempo son el presupuesto para que este ordenamiento se reconstituya continuamente a través del ejercicio individual de las libertades por parte de todos¹³⁸. Dicho así, el contenido esencial de los derechos fundamentales han de inspirar toda la actuación pública, determinando de forma decidida las relaciones Estado-ciudadano, imponiendo una esfera negativa, de que el contenido material de los mismos no pueda ser lesionado, a fin de lograr otros objetivos, de esta manera colocamos una barrera de interdicción a la arbitrariedad estatal y, por otro, reconocemos positivamente a los individuos mecanismos de reivindicación y de tutela de dichos derechos, mediante las acciones constitucionales de garantía que han de erigirse desde una faz positiva. La realización y la garantía de esos principios y derechos fundamentales se convierte entonces en fin esencial y razón de ser del Estado, es decir que ellos se erigen como los supremos valores de la sociedad: el Estado, los organismos del poder público, la ley, el derecho punitivo, todo se concibe desde el marco superior, como medios o instrumentos para la salvaguarda y realización de los fines esenciales del Estado (el respeto y garantía de los principios y derechos fundamentales del ser humano)¹³⁹.

-Recapitulación

En cuanto a lo expuesto es este acápite de la investigación teórica, sólo nos interesa dos puntos de relevancia: primero, que el contenido esencial de los derechos fundamentales es imprescindible para llenar de concreción material el contenido del bien jurídico, pero, segundo, habrá que descartarse que el concepto de “derechos fundamentales”, resulta una remisión obligada por el legislador, para conceder tutela penal a un interés jurídico, en la medida que existirán unos derechos subjetivos, que sin ser considerados “derechos fundamentales”, adquieren protección punitiva, de acorde a los criterios que pusimos en cuestión en el acápite anterior. Como dice, García-Pablos de Molina, no es correcto confundir los derechos fundamentales, reconocidos por la Constitución, con los bienes jurídicos: porque, mientras aquellos encuentran su tutela en la Constitución, sólo algunos de ellos –y exclusivamente respecto a cierta clase de ataques- se convierten en bienes jurídicos y alcanzan protección penal¹⁴⁰.

¹³⁷ . Incorporado por el artículo 1º de la Ley N° 26926 del 21 de febrero de 1998.

¹³⁸ . Häberle, P.; *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*, cit., ps. 29-30.

¹³⁹ . Gómez López, J.O.; *Fundamento antropológico y político de la teoría del delito*, cit., p. 155.

¹⁴⁰ . García-Pablos de Molina, A.; *Derecho Penal – Introducción*, cit., p. 371.

CAPÍTULO CUARTO

LOS DELITOS CONTRA EL HONOR

1.-A modo de aproximación

Habiendo desarrollado un análisis sobre la función del bien jurídico, es ahora oportunidad para realizar un examen profundo sobre el interés jurídico "Honor", a efectos de delimitar previamente su ámbito de protección, para seguidamente situarnos en el plano dogmático de los bienes jurídicos en conflicto, cuando se entrecruza con la libertad de expresión y el derecho de información. Concurrencia de bienes jurídicos, cuya resolución desde un plano constitucional, concretizado en un ámbito punitivo, ha de negar la inclusión de los elementos subjetivos del injusto, como correctivo para afirmar la preponderancia de los bienes jurídicos colectivos, pero antes de ello debemos situarnos en la relación de la Parte General con la Parte Especial.

Siendo que el bien jurídico constituye una fuente hermenéutica de primer orden, como criterio sistematizador de la conducta prohibida o del mandato normativo de acción, permite al interprete situarse en el concreto plano de protección, a fin de fijar la ratio legis y, por otro, como criterio de política criminal, cuya misión es la de analizar críticamente el derecho positivo vigente, a fin controlar el rendimiento de la norma penal, fijando sus aciertos, en orden a establecer ciertas necesidades de penalización, con ello desde una visión tanto de *lege lata* como de *lege ferenda*, de conformidad con la dinámica que ha de caracterizar los proceso de reforma penal.

Empero, el estudio de la Parte General no sólo tiene que ver con el tema del bien jurídico, sino también con otras temáticas de especial repercusión en el ámbito de punición, principios político criminales que engarzados con las tareas del Derecho penal en un Estado Social y Democrático de Derecho, se erigen como límites de la violencia institucionalizada, conformando todos ellos la teleología que ha de guiar el rumbo de la política criminal, cuyos efectos irradian a todo el espectro interpretativo de todas las normas penales que se encuentran comprendidas en la Parte Especial y las leyes penales especiales; precisamente, el divorcio que advertimos entre los principios legitimadores del Derecho penal con la política penal que se traduce en las constantes reformas que día a día cristaliza el legislador en el marco de los tipos penales (figuras delictivas), supone el quebrantamiento del orden sistematizador que debe preservar toda codificación legal.

Por lo antes dicho, debemos apuntalar que la Parte General del Derecho penal, que se desprende de la legislación positiva, tiene que ver con aquellos criterios que han de delimitar la concurrencia de un Injusto Culpable, que ha de incidir en una plano de valoración de merecimiento y necesidad de penal. O propuesto en los siguientes términos: *en la estructura positiva de la Parte General, se glosan una serie de criterios dogmáticos, que ha de seguir de forma preclusiva el intérprete para determinar si el injusto penal atribuible a un sujeto penalmente responsable, le es legítimo que la respuesta jurídica se traduzca una pena, así también cuando dicho juicio es en si*

positivo tasar el grado de la sanción aplicable, pues es de recibo que la reacción punitiva no importa una medida uniforme para todos los injustos penales, sino que debe graduarse conforme a ciertos baremos a saber: el grado de magnitud de lesión del bien jurídico, la preponderancia jurídica del interés jurídico afectado y/o colocado en una aptitud de lesión, la energía criminal que vincula al autor con el hecho punible cometido (dolo, culpa, preterintencionalidad), el grado de perfección delictivas (formas imperfectas de ejecución delictiva: consumación, tentativa, actos preparatorios), la relevancia de la aportación delictiva conforme al dominio del partícipe en el suceso delictivo (autoría y participación), la relevancia de los deberes funcionales infringidos, etc. Todos estos elementos se revelan en el marco regulativo de la Parte General, de aplicación en todas las figuras delictivas que se contemplan en la Parte Especial y Leyes penales especiales, a fin de que la sanción punitiva se fije según los principios de lesividad, proporcionalidad, culpabilidad, reproche individual y humanidad de las penas¹⁴¹.

Con todo, la Parte General, tanto del aspecto de sus criterios rectores (Título Preliminar), como en las Instituciones dogmáticas que han de verse de sus dispositivos legales componedores, se constituyen en el basamento, en la columna vertebral de toda la codificación punitiva, que han de servir al juzgador, para resolver con ponderación, legalidad, razonabilidad y sistematicidad los diversos casos que se someten a su competencia; permitiendo el encauzamiento de criterios de interpretación que se condicen con la ratio de las normas penales: la protección preventiva de bienes jurídicos merecedores de tutela penal. Quiere decir entonces que la racionalidad y legalidad del propio sistema de punición, depende sobremanera, que el intérprete pueda aplicar correctamente las diversas directrices que se glosan en el apartado general del Código Penal¹⁴². Consecuentemente, subyace una relación de interdependencia entre ambos sectores de la codificación punitiva.

Mientras que en la Parte Especial se clasifican las diversas conductas delictivas, conforme a la idea ordenadora del bien jurídico –objeto de tutela penal–, graduando la norma de sanción a partir de una serie de elementos que forman parte de la tipicidad penal, que a su vez inciden en el plano de la desvaloración material del injusto y en el grado de reproche de imputación individual. La Parte Especial esquematizada bajo el concepto del bien jurídico permite delimitar el ámbito del injusto típico y la clasificación ordenada de los delitos según el objeto de tutela¹⁴³.

La Parte Especial, por tanto, se determina según la idea aglutinadora del bien jurídico protegido, que ha de reflejar diversos grados de desvaloración jurídico-penal, cuya catalogación empieza con los intereses jurídicos vitales del individuo, aquellos que se constituyen en *conditio sine qua non*, para el desarrollo y realización del resto de bienes jurídicos. La importancia de esta función catalogatoria radica en que facilita la ubicación rápida de la disposición sancionadora de la conducta punible y, además permite establecer con exactitud el bien jurídico que la ley ampara¹⁴⁴.

Nuestro texto punitivo de común idea con el derecho comparado, ha seguido una visión político criminal esencialmente humanista, puesto que los intereses jurídicos que adquieren en primer plano tutela penal, son aquellos inherentes a la condición de persona humana desde un plano ontológico y axiológico a la vez, no puede haber codificación penal alguna, inclusive en Estados no democráticos, que no tutelen la vida, el cuerpo y la salud. Los motivos, dice Peña Cabrera, para situar en el pórtico de la Parte Especial las infracciones contra las personas son filosófico-jurídicas y práctico-

¹⁴¹ . Así, Peña Cabrera, R.; *Estudios de Derecho Penal. Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud*, cit., p. 31.

¹⁴² . Peña Cabrera Freyre, A.R.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 132-133.

¹⁴³ . Peña Cabrera Freyre, A.R.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 134.

¹⁴⁴ . Peña Cabrera, R.; *Estudios de Derecho Penal...*, cit., p. 32.

pedagógicos¹⁴⁵. De recibo, esta orientación tiene una vinculación directa con las bases ius-filosóficas que se desprenden de nuestra Ley Fundamental, en cuanto a la consagración de un Estado Social, tomando como eje principal la proclama humanista que se contrae de su artículo 1º.

Ahora bien, no sólo resulta de relevancia que el Derecho penal otorgue tutela a la vida, el cuerpo y la salud, sino que la autorrealización de la persona humana y su participación en los procesos sociales, ha de depender de otro interés jurídico, que también se vincula con la propia calidad de persona, nos referimos al "honor"

2.-El bien jurídico tutelado en los delitos contra el Honor

La concepción del bien jurídico tutelado "honor", en cuanto a su contenido material, ha sufrido toda una metástasis, producto de la misma evolución del hombre, del Estado y de la sociedad, dicha trilogía ha determinado ciertas consecuencias directas en la protección de dicho derecho subjetivo. En palabras de Beccaria, la palabra honor es una de aquellas que servido de base a dilatados y brillantes razonamientos sin fijarle alguna significación estable y permanente. Hondas y acaloradas discusiones que han incidido en toda una construcción de variedad de conceptos en cuanto a su contenido; (...) una abundancia de clasificaciones, apunta Lorenzo Copello, que si bien se formulan con el objetivo de echar luz sobre el problema, acaban por superponerse entre sí, aumentando todavía más el desconcierto a la hora de dotar de contenido a tan complejo bien jurídico¹⁴⁶.

El honor como tal, no era reconocido en todos los individuos de cierta comunidad social, pues es de verse, que en sociedades altamente clasistas, de raigambre plutocrática, sólo ciertos sujetos eran portadores del "honor". Máxime, en el marco de Estados imperiales, como Roma, donde algunas personas, eran prácticamente considerados como un objeto (esclavos), sólo sus amos poseían dicho derecho¹⁴⁷; es decir, mientras dichas sociedades, se definían mediante clases sociales verticalizadas, eran propensas a construir un contenido de este bien jurídico, orientado al honor "merecido". En efecto, sólo aquellos que contaban con un reconocimiento social significativo, en virtud de una posición social o política expectante, eran sujetos que podían ser tutelados en su "honor", donde las mismas valoraciones sociales en cierto modo decidían quienes podían gozar de ciertos estatus, de ser estimados como "personas honorables", parte de una construcción pre-jurídica¹⁴⁸. Una visión así concebida, desde un plano esencialmente "fáctico", tiene consecuencias muy importantes en el ámbito de valoración de la conducta típica con respecto a los delitos de injuria y calumnia, toda vez que la lesión a dicho bien jurídico, no habría de responder según la veracidad del juicio de valor que se propala o en cuanto a la imputación de haber cometido un hecho punible, en el sentido de la estimación de la reprobación social y jurídica de la conducta, ya habrá de afirmarse cuando dichas afirmaciones son conocidas por los ciudadanos, no teniendo cabida la exceptio veritatis¹⁴⁹.

¹⁴⁵ . Peña Cabrera, R.; *Estudios de Derecho Penal...*, cit., p. 34.

¹⁴⁶ . Lorenzo Copello, P.; *Los delitos contra el Honor*, cit., p. 14; Así, Carmona Salgado, C.; *Delitos contra el honor*, cit., p. 464; O'callaghan, X.; *Libertad de expresión y sus límites: Honor, intimidad e imagen*, cit., p. 37.

¹⁴⁷ . Así, Nuñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, T. IV, cit., p. 22.

¹⁴⁸ . Así, al respecto Bustos Ramírez, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 164.

¹⁴⁹ . Ver al respecto, Lorenzo Copello, P.; *Los delitos contra el Honor*, cit., ps. 16-17.

Luego, han de reconducirse la concepción del honor desde el ámbito jurídico-penal, conforme a perspectivas normativas, seguidamente introduciendo criterios "funcionales".

De entrada debemos señalar lo siguiente: el honor es un derecho inherente a la condición misma de persona, importa un atributo de los individuos¹⁵⁰, que se encuentra relacionado con la misma dignidad humana¹⁵¹ y, con una visión no sólo personalista, sino también social del ser humano, en cuanto a sus relación con sus congéneres, por tanto, el honor no puede ser negado desde ningún tipo de clasificación discriminatoria, conforme al sexo, condición social y/o económica, proyección ideológica, cultural y/o religiosa, caracterización étnica u antropológica, pues según nuestra Ley Fundamental rige el principio constitucional de "igualdad" y de tolerancia con respecto a la diversidad, según los principios de un orden democrático de derecho. En suma, en una sociedad democrática y pluralista, el honor es ampliamente protegido, por esta riquísima significación, es decir, toda persona cualquiera que sea su posición social es igual que cualquier otra¹⁵².

El honor es una cualidad común a todos y cada uno de los humanos, que nos corresponde en igual medida, proporción o intensidad¹⁵³.

Dicho lo anterior, cualquier persona, sea un condenado por haber cometido un delito, un confeso terrorista, una prostituta, homosexual, barrenderos, mendigo o cualesquiera que pueda manifestar un comportamiento "socialmente negativo", son portadores del "honor", en otras palabras pueden ser sujetos pasivos de los injustos de injuria, calumnia y difamación. Cuestión muy distinta, es que en algunas ocasiones, las apreciaciones, valoraciones de menosprecio e imputaciones delictivas, al condecirse con la verdad no puedan resultar típicas, como lo diremos más adelante, por otro, el honor como interés jurídico adquiere ciertos grados de desarrollo, de acuerdo a cada persona en particular.

El "honor" como se sostuvo, en cuanto a su concepción jurídica, ha sufrido muchos cambios en los últimos años, no sólo en lo que respecta a su propia estimación, sino también con la irrupción de otros intereses jurídicos también importantes en el marco de una sociedad democrática. Las ideas liberales que fueron sentando las bases de la democracia que hoy tenemos, fueron gestando ideales no sólo de corte individual, pues trajeron a flote otros derechos que han de vincularse a partir de un plano colectivo. Nos referimos a la libertad de expresión y al derecho a la información, derechos civiles de primer orden desde la cúspide constitucional, que se condice con un Estado real de libertades, donde los ciudadanos tienen la libertad de expresarse como quieran, de dar sus ideas, de plantear sus críticas, de proponer proyectos sociales y políticos, de expresar su oposición a cierta facción política, de poner al descubierto la corrupción política, de ejercer una prensa libre e independiente, manteniendo informada a la sociedad de los temas de mayor trascendencia, que han de formar una opinión pública veraz, objetiva y plural, base esencial de una real democracia, contrario a los regímenes autoritarios y despóticos, que cercenan la libertad de expresión y el derecho de la información, amordazando a los ciudadanos en su derecho de opinar libremente sobre la actuación pública.

¹⁵⁰ . Así, Jaén Vallejo, M.; *Libertad de expresión y delitos contra el Honor*, cit., p. 149; Maciá Gómez, R.; *El Delito de Injuria*, cit., p. 85; Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. III, cit., p. 240; Bustos Ramírez, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 165; Serrano Gómez, A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 271; Gómez, E.; *Tratado de Derecho Penal*, T. II, cit., p. 274.

¹⁵¹ . Así, Serrano Gómez, A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 271.

¹⁵² . Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, I, cit., p. 367.

¹⁵³ . Maciá Gómez, R.; *El Delito de Injuria*, cit., p. 85.

Sin duda, no podrá decirse que una sociedad y un Estado, son realmente “democráticos”, mientras la censura y la represión de las libertades públicas, son los patrones que guían la acción gubernativa y la dirección legislativa. No olvidemos que los gobiernos corruptos que pretenden entronizarse en el poder, tienen por primer tarea callar a la prensa crítica, sea en el plano escrito, radial y televisivo, interviniendo sus administraciones legales mediando leyes inconstitucionales, sobornando a sus conductores y otras prácticas ilícitas, que les permiten neutralizar cualquier tipo de oposición política y, sobre todo, lo más importante, de poner al descubierto los grandes negocios delictivos que sus más altos representantes cometen con toda impunidad.

Entonces, advertimos dos derechos, uno de ellos de naturaleza eminentemente individual, en este caso el honor de las personas y, por otro, un derecho de carácter colectivo: el derecho a la información y la libertad de expresión, que pertenecen a todo el conjunto de la sociedad. Bienes jurídicos ambos –tutelados por el Derecho penal-, que muchas veces van a ingresar a zonas de conflicto, cuando en el ejercicio del derecho a la información, sobre todo, se propalen noticias, hechos que en definitiva pueden resultar lesivos al honor de las personas, que en algunos casos, a pesar de ser típicos penalmente, pueden no ser penalizados, cuando concurre una auténtica causa de justificación (realización de un cargo u oficio, ejercicio legítimo de un derecho), cuando la balanza ha de inclinarse sobre el derecho a informar, siempre y cuando se acredite la concurrencia de ciertos presupuestos (objetivos y subjetivos), tema central de la presente monografía que entra en franca contradicción con aquella postura que pretende de forma ilegal –como considero-, incidir en la atipicidad de la conducta injuriosa o difamante cuando se da por no verificado la concurrencia de un elemento subjetivo del injusto a parte del dolo, esto es, el *animus inuriendi, informandi, narrandi*, etc. Cuya inclusión no sólo es incompatible con el principio de legalidad, también es inconstitucional, pues vacía de contenido material a un bien jurídico tan importante como es el “honor” de las personas.

Lo antes dicho tiene una singular relevancia en la actualidad, pues el umbral del Tercer milenio, trae consigo una poderosa fuerza, como un poder más, nos referimos a los medios de comunicación que de forma masiva y a una velocidad en realidad impresionante, transmiten, divulgan y extienden la noticia a un número indeterminado de personas. Con ello dan paso, a la vigencia real del derecho de información, haciendo uso de un derecho constitucional esencial en un estado democrático de derecho, sobre todo, para poner en vigilia permanente los ojos del pueblo ante la actuación pública, que muchas veces colinda con lo delictivo y con la comisión de irregularidades funcionales, que es advertida y puesta al descubierto por los medios de comunicación, ante la vista impávida del público, ante los hechos escandalosos de corrupción.

Función, entonces, muy importante, para fiscalizar la correcta actuación de los funcionarios y servidores públicos, en tanto la función pública debe servir estrictamente a los intereses generales de conformidad con los principios jurídico-constitucionales que guían dicho accionar. Empero, en dicha relevante función, los hombres de prensa, deben asumir una especial diligencia, antes de divulgar la noticia, contrastando las fuentes de información, a fin de cautelar la veracidad de la misma y, así se pone freno a una indebida accionar de la prensa, que so pretexto de cautivar a los lectores, difunde hechos, noticias sin un mínimo de cotejo periodístico, afectando gravemente el honor de los involucrados, pues es de verse que a posteriori se acredita la falta de veracidad de la información (temerario desprecio hacia la verdad), al margen de la posibilidad de hacer uso de la *exceptio veritatis* (Art. 134° del CP), lo que a nuestro parecer no resulta correcto, pues a quien se le imputo falsamente la atribución de un delito, quedaría expuesto ante el público, por otro, se quiebra el principio acusatorio.

No podemos confundir la realización de un obrar en el marco del ejercicio legítimo de un derecho y/o oficio, con aquellos que sin el menor reparo, pretenden escudarse en dichos derechos, para montar toda una campaña de desprestigio a ciertos personales públicos, utilizando palabras de ofensa o imputando la comisión de un delito, sin un mínimo de sustento probatorio. Esta clase de conductas, por supuesto, no podrán cobijarse bajo las esquelas de dicha causa de justificación, al no concurrir sus presupuestos objetivos y subjetivos. Y, si estas noticias son manifiestamente falsas, carentes de toda veracidad y, así lo sabe perfectamente el periodista, serán simplemente penalmente “típicas” y, en definitiva, no podrán sustraerse del ámbito de punición bajo la excusa de no concurrir el pretendido *animus inuriandi* o *difamandi*; de esta forma otorgamos una debida protección al honor y, a su vez realizamos una ponderación de bienes jurídicos, sin reducir su tutela penal a límites intolerables.

a.-Posición fáctica

Entrando en cuestión, sostuvimos que las primeras construcciones teóricas sobre el bien jurídico “honor”, partían desde una posición “fáctica”¹⁵⁴¹⁵⁵¹⁵⁶, propia de la ideología del positivismo, que se dividía en una doble vertiente: primero, desde un plano “objetivo”, lo que implicaba la estimación que tenía la sociedad en cuanto a la honorabilidad del sujeto, de acuerdo a su comportamiento frente a sus congéneres, mientras más prestigio tuviese, el grado de afectación sería mayor, en cambio aquellos que no tuviesen un mínimo de reconocimiento social, por realizar ciertas conductas “reprobables” socialmente, prácticamente dicho contenido valorativo quedaría reducido drásticamente. Como depende de la suma de las valoraciones individuales que hacen terceras personas es probable obtener un término medio de buena o mala fama o de reconocimiento social, que podrá no ser pacífico ni ser realmente coincidente con una particular apreciación¹⁵⁷.

¹⁵⁴ . Ver al respecto, Berdugo Gómez de la Torre, I.; *Revisión del contenido del bien jurídico Honor*, cit., ps. 249-250; Laurenzo Copello, P.; *Los delitos contra el Honor*, cit., p. 16; Carmona Salgado, C.; *Delitos contra el honor*, cit., p. 464; Salinas Sicchia, R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit, ps. 270-272; O`callaghan, X.; *Libertad de expresión y sus límites:...*, cit., p. 37; Morales Prats, F.; *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, cit., p. 142; Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, I, cit., p. 368; Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. III, cit., ps. 224-227; Bustos Ramírez, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 164; Donna, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., p. 416; Cuello Calón, E.; *Derecho Penal (Parte Especial)*, T. II, cit., p. 680.

¹⁵⁵ . De esta posición es Mezger, para quien el bien jurídico del honor abarca tanto la apreciación valorativa objetiva de la persona realizada por otros, como el propio sentimiento de honor; una y otro son, al mismo tiempo, objeto del ataque y de la protección del agravio; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 143; Para Nuñez, la concepción jurídica del honor como cualidades socialmente valiosas atribuibles a las personas, admite, por consiguiente, una doble consideración del honor. Por un lado, el honor subjetivo: las cualidades que cada uno se puede atribuir. Por otro lado, el honor objetivo: las cualidades que los terceros nos pueden atribuir; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, T. IV, cit., p., 20.

¹⁵⁶ . Eusebio Gómez, cita a Florian, quien hace una precisión entre el honor interno del honor externo. El primero no es sino el sentimiento de la propia dignidad, a que se refiere Carrara; o, como dice Florian, la estimación que cada uno tiene de sí mismo, o sea, la opinión de la propia dignidad y del propio decoro. El honor externo –dice el mismo autor- se concreta en la opinión que los otros tienen de nosotros, es decir, en la reputación, en el buen nombre, en la buena fama; *Tratado de Derecho Penal*, T. II, Delitos contra las Personas, cit., ps. 266-267.

¹⁵⁷ . Maciá Gómez, R.; *El Delito de Injuria*, cit., p. 86.

Mientras, que el aspecto “subjetivo” hace alusión a la estimación individual que cada uno tiene de si mismo, quienes tienen una alta autoestima recibirán una mayor protección, de modo contrario quienes tienen una muy baja autoestima, quedarían fuera del ámbito de tutela jurídica. La autoestima o la propia estimación viene a depender de los componentes subjetivos, personales, internos e incluso patológicos de cada persona¹⁵⁸. El examen de la realidad permitirá constatar la presencia o no de ese sentimiento de honor o el contenido de la reputación; y sólo esa realidad, sin entrar a examinar su fundamentación, es la que recibe la tutela el Derecho penal¹⁵⁹. Se habla, entonces, de un honor “aparente”.

Se critica a la posición reseñada, lo siguiente, escribe Jaén Vallejo, que se puede tener una reputación que no coincida con la realidad (personas tenidas como honradas cuando, en realidad, no lo son); y se puede tener un sentimiento de honor superior a lo socialmente admisible o, por el contrario, carecer totalmente de dicho sentimiento¹⁶⁰. En efecto, muchas personas pregonan, o mejor dicho dan ciertas apariencias hacia el colectivo, que en variadas oportunidades no se condice con la verdad de las cosas, comulgan con el respeto fiel a los derechos humanos, participan activamente en obras sociales, pero a la vez son partícipes de actos de corrupción y, de sistemáticas violaciones de derechos humanos o, son honorables padres de familia, pero en la clandestinidad son autores de actos de paidofilia, etc. Por otro, la personalidad de cada uno, es muy variada, y una serie de factores –endógenos y exógenos-, pueden propiciar que un individuo se menosprecie asimismo, a pesar de gozar de una reputación social o, en sentido contrario, de quienes se vanaglorian de ciertos hechos, que en realidad no han participado. La estimación subjetiva, por tanto, no coincidirá a veces con el plano objetivo¹⁶¹. A lo que habría que agregar, parafraseando a Maciá Gómez, que en un confuso espacio intermedio entre la autoestima y la heteroestima, debemos incluir dentro del honor el conjunto de expectativas que se derivan de un determinado comportamiento personal mantenido y exteriorizado que tienen como fin lógico un reconocimiento social de la dignidad y los valores positivos de la persona que se desarrollan con ese comportamiento¹⁶².

Punto a añadir, es que las posiciones fácticas, al condicionar la tutela penal al reconocimiento social, al prestigio ante el colectivo, determina juicios de valor que por su inherente “subjetividad”, terminan por erosionar el principio de igualdad, al otorgar reconocimiento sólo a algunos, dependiendo del estatus socio-económico; v.gr., el acaudalado empresario que continuamente contribuye económicamente en obras sociales, a diferencia del honorable maestro de escuela, que a duras penas puede mantener a su familia; mientras el primero gozara de un alto prestigio, el otro pasara desapercibido y no gozara de una buena fama. Se afirma, dice Lorenzo Copello, que la protección del prestigio o consideración social conduce de modo inevitable a introducir diferencias en la intensidad de la tutela penal en función de la posición que ocupa cada persona en el entramado social, con el agravante de en que muchos casos esa posición social no siquiera dependen de los propios actos de cada ciudadano¹⁶³; piénsese en la campaña de difamación social que sufre un individuo de forma injusta.

En un plano puramente doctrinario, podría decirse que al concepto objetivo del honor corresponde la figura de la difamación, así como al concepto subjetivo corresponde la injuria¹⁶⁴; con ello se diría, que el honor merecido toma lugar en el caso

¹⁵⁸ . Maciá Gómez, R.; *El Delito de Injuria*, cit., p. 86.

¹⁵⁹ . Berdugo Gómez de la Torre, I.; *Revisión del contenido del bien jurídico Honor*, cit., p. 250.

¹⁶⁰ . Jaén Vallejo, M.; *Libertad de expresión y delitos contra el Honor*, cit., ps. 150-151.

¹⁶¹ . Así, Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. III, cit., p. 227.

¹⁶² . Maciá Gómez, R.; *El Delito de Injuria*, cit., p. 87.

¹⁶³ . Lorenzo Copello, P.; *Los delitos contra el Honor*, cit., p. 21.

¹⁶⁴ . Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. III, cit., p. 229.

de la difamación y en el otro el honor aparente, al margen de las vicisitudes que estos pueda propiciar, lo cual no se da en nuestra legislación positiva, pues pretendemos proponer un análisis dogmático que ha de incidir en un criterio unitario en cuanto al bien jurídico tutelado, que parta de la base ontológica de la "dignidad humana".

b.-Posiciones Normativas

Seguidamente toma lugar las posiciones "normativas", de cuyo cuño teórico se desprende lo siguiente: el contenido del "honor", ha de ceñirse a la condición de persona humana, en lo que respecta al desarrollo de su personalidad y su participación en los procesos sociales, de ahí que se diga que este interés jurídico esta vinculado con la idea de dignidad humana y, si todos los individuos son portadores de dicho revestimiento normativo, todos tienen el derecho de ser protegidos en su "honor" de forma igualitaria. Como dice Vives Antón, a la serie de manifestaciones concretas de la dignidad, ha de otorgarse tutela a la dignidad misma, de modo general y abstracto. Ese es el papel que desempeña el derecho fundamental al honor¹⁶⁵. Por eso se dice, que la posición normativa se condice perfectamente con el principio jurídico-constitucional de "igualdad", todos merecen ser protegidos por el orden penal, se hace alusión a un "honor merecido". Para las concepciones normativas, dice Berdugo, el honor es parte de la dignidad de la persona, cuyo contenido aparece vinculado al efectivo cumplimiento de los deberes éticos¹⁶⁶. Surge así un concepto de honor directamente vinculado a la dignidad humana o, como lo formulan muchos de sus partidarios, un concepto personalista en que el honor aparece como un atributo de la personalidad que corresponde por igual a cualquier ser humano por el solo hecho de serlo, por su condición de ser racional¹⁶⁷.

En primer término, la vinculación de las relaciones sociales de reconocimiento a la dignidad como persona explica sin dificultad, que el honor sea un derecho que, al igual que la dignidad, debe ser apreciado en la totalidad de los miembros de la comunidad, con independencia de su comportamiento social¹⁶⁸. El derecho que tienen todos los ciudadanos, de que no sean objeto de menosprecio y, de gozar de la estima de los demás, conforme al principio de igualdad. La actuación contraria a dichas expectativas constituye la lesión del honor¹⁶⁹. La lesividad del comportamiento supuestamente injurioso (delictivo), ha de valorarse de acuerdo a las características concomitantes del caso concreto¹⁷⁰.

Si es el libre desarrollo de la personalidad conjuntamente con la dignidad la base material del bien jurídico "honor", su lesión importará la neutralización de dicho desarrollo así como el menoscabo a la misma, pero, la lesividad de una conducta merecedora de sanción punitiva, ha de colegirse no sólo por la propia condición de ser humano, sino siempre y cuando se refieran a divulgaciones y/o propalaciones de juicios de valor que por resultar atentatorias al libre desarrollo de la personalidad y a la integración comunitaria del individuo afecten realmente a dicho interés jurídico, a un

¹⁶⁵ . Vives Antón, T.S.; *Delitos contra el honor*. En: Derecho Penal. Parte Especial, cit., p. 344; Morales Prats. F.; *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, cit., p. 143.

¹⁶⁶ . Berdugo Gómez de la Torre, I.; *Revisión del contenido del Bien jurídico Honor*, cit., p. 250.

¹⁶⁷ . Lorenzo Copello, P.; *Los delitos contra el Honor*, cit., p. 23.

¹⁶⁸ . Berdugo Gómez de la Torre, I.; *Revisión del contenido del Bien jurídico Honor*, cit., ps. 259-260; Vives Antón, T.S.; *Delitos contra el honor*, cit., p. 344.

¹⁶⁹ . Berdugo Gómez de la Torre, I.; *Revisión del contenido del Bien jurídico Honor*, cit., p. 259.

¹⁷⁰ . Así, Lorenzo Copello, P.; *Los delitos contra el Honor*, cit., p. 26.

conducta que de forma concreta genera un estado con aptitud de lesión para un bien jurídico penalmente tutelado.

Empero, si bien se ha sostenido que el concepto normativo, parte de la "dignidad humana", atributo inherente a toda persona, (...) sí se lo puede disminuir, cuando el propio comportamiento del afectado le quita el carácter ofensivo a una manifestación determinada, apunta Jaén Vallejo. Esto es posible porque el concepto de dignidad se vincula con el efectivo cumplimiento de deberes ético-sociales, luego la buena reputación hay que ganarla para merecer la protección jurídico-penal¹⁷¹. Mediando dicha apreciación, la graduación de dicho contenido, habrá de remitirse, de igual manera que la posición "fáctica", a las valoraciones y/o estimaciones que los miembros de una sociedad hayan de aquilatar sobre una determinada persona, que no siempre se condice con la verdad de las cosas¹⁷², pues al constituir juicios apriorísticos y subjetivos a la vez, pueden terminar por despojar de protección penal, a personas que no lo merecen. Dicho de otro modo; a cada persona se le reconoce el honor que se merece conforme a la mayor o menor adecuación de su comportamiento a un código de valores mayoritariamente admitido¹⁷³. Se revela, entonces, una posición intermedia¹⁷⁴, cuya falta de precisión, puede terminar cayendo en las mismas equivocidades que la posición fáctica¹⁷⁵.

El mismo Berdugo, que parte de una posición "normativa", reconoce dichas objeciones, en cuanto a las diversas valoraciones que pueda dar una comunidad sobre un mismo hecho, *por lo que pecaría de "relativista"*¹⁷⁶ y, señala que en estos casos de debe actuar como correctivo, de cara a su relevancia jurídico-penal, la escala de valores que aparece recogida en nuestra Constitución. Es decir, hay que comprender en él tanto su aspecto estático (dignidad) como uno dinámico (desarrollo) en relación al sujeto, como presupuestos del honor¹⁷⁷. En cuanto ella enmarca el modelo social en el que tiene que situarse el libre desarrollo de la personalidad, de la que esta dimensión del honor constituye una emanación¹⁷⁸. En tal virtud, el reconocimiento del honor, en cuanto a su tutela, será evidentemente dinámico, y dependerá de las propias actuaciones del sujeto, que podrán hacer variar dicho "reconocimiento".

Basarse en el reconocimiento de la persona humana, en lo que refiere al desarrollo de la personalidad, no puede sin más sustentar correctamente, cuando se debe afirmar la tipicidad penal de la conducta, que se considera injuriosa y/o difamante, a ello cabe agregar otros añadidos, que de hecho son de naturaleza fáctica.

¹⁷¹ . Jaén Vallejo, M.; *Libertad de expresión y delitos contra el Honor*, cit., p. 151; Para Merlo, el concepto de honor que surge del Código español es el normativo puro para el delito de injurias, esto es, el honor en sentido abstracto como inherente a la persona, dado que la protección que se brinda no depende del comportamiento de ésta. En cambio, el Código mantiene un concepto fáctico-mixto (subjetivo-objetivo) para la calumnia, por cuanto su protección sí depende de la conducta del afectado; *Delitos contra el Honor. Libertad de expresión y de información*. Editorial Universidad. Buenos Aires, 2005, cit., p. 30.

¹⁷² . Así, Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, I, cit., p. 370.

¹⁷³ . Laurenzo Copello, P.; *Los delitos contra el honor*, cit., p. 32.

¹⁷⁴ . Donna asume una posición dígame mixta, al adoptar una concepto normativo-fáctico, que tenga en cuenta tanto el honor que realmente posea la persona, como el que esta basado en la dignidad de la persona; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., p. 417.

¹⁷⁵ . Mediando dicha postura, los comportamientos que reciban una reprobación "ético-social", como la prostitución, el mendigo, el vago, el rufián, siempre recibirán una menor protección, por lo que la circularidad de esta posición, caería también en valoraciones que se condicen con el principio de igualdad.

¹⁷⁶ . Lo resaltado en cursivas es mío.

¹⁷⁷ . Bustos Ramírez, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 165.

¹⁷⁸ . Berdugo Gómez de la Torre, I.; *Revisión del contenido del bien jurídico Honor*, cit., ps. 262-263.

Se dice, que una concepción mixta no puede mantener a toda consecuencia la vigencia del principio de igualdad. El estrecho vínculo inicial entre honor y dignidad, se objeta, no es suficiente para borrar las diferencias de intensidad en la tutela penal del honor de los ciudadanos derivados de la introducción de elementos fácticos en la configuración del bien jurídico¹⁷⁹. A ello se ha respondido, que el principio de igualdad y, más exactamente, de igualdad ante la ley, se configura, según reiterada doctrina constitucional, como un derecho de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo e impone que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente, en sus consecuencias jurídicas¹⁸⁰. En efecto, la radiación de dicho principio jurídico-constitucional, implica que todos los ciudadanos sean tratados por igual ante la Ley, pero de este mismo principio se deriva también, que las situaciones en si diversas, merezcan a su vez un trato diferenciado. El piropero tal vez subido de tono que reciba una adolescente, no resultar tan ofensivo, si la recibe una mujer casada de edad senil; que se le denomine ocioso al que no trabaja, pese a intentar la búsqueda de alguno, de quien vive a costas del trabajo de su mujer, estando en plenas condiciones de laborar.

En resumidas cuentas, sobre estas posturas se puede apuntalar que no se puede la condicionar la lesividad de la conducta supuestamente injuriosa a las pautas y/o valoraciones sociales, que día a día van cambiando, so pena de generar situaciones de inseguridad jurídica; la Constitución, como plataforma para verificar el apartamiento del individuo para con las expectativas legítimas de la sociedad, puede resultar legítima, pero no suficiente, en nuestra opinión para incidir en la relevancia jurídico-penal de la conducta. Se llega así a un estado de cosas en que el ordenamiento jurídico acaba por imponer a los ciudadanos un determinado orden ético-social bajo la amenaza de poder, al menos en parte, su derecho a ser respetado por los demás, resultado que no sólo es difícil de compatibilizar con el principio de igualdad, sino, sobre todo, con otros presupuestos esenciales de nuestro ordenamiento constitucional, en particular, con el pluralismo ideológico y el libre desarrollo de la personalidad¹⁸¹.

La comisión de una conducta delictiva, de hecho que hace desmerecer una persona, no da igual en otros comportamientos que a la postre van a supeditarse mediando valoraciones ético-sociales, en el marco del delito de injuria.

c.-Posición adoptada (normativa-funcional)

El concepto de Honor que deseamos construir, ha de condecirse no sólo con el confín de valores que glosa la Ley Fundamental, sino también con los principios de legitimidad que deciden la necesidad y el merecimiento de pena de la conducta penalmente reprobable, de no ser así ampliaríamos de forma inconmensurable su protección y expresiones de mínima lesividad social serían reaccionados estatalmente con una pena. No olvidemos que la persecución penal de los delitos contra el honor se encuentran supeditados a la voluntad del supuesto ofendido, quien suponiéndose agraviada en dicho interés jurídico, incoará la denuncia de querrela ante el órgano jurisdiccional.

Lo dicho quiere decir, que será el propio lesionado, quien solicitará el amparo judicial, cuando realmente su posición en el entramado social se vea seriamente afectada, producto de la propalación de hechos, que falsos o verdaderos, sean susceptibles e lesionar este bien jurídico.

¹⁷⁹ . Lorenzo Copello, P.; *Los delitos contra el Honor*, cit., p. 34.

¹⁸⁰ . Jaén Vallejo, M.; *Libertad de expresión y delitos contra el Honor*, cit., p. 152.

¹⁸¹ . Lorenzo Copello, P.; *Los delitos contra el Honor*, cit., ps. 35-36.

El honor es un concepto sumamente variable, no sólo por la propia dinamicidad en que se van configurando las relaciones inter-sociales¹⁸², sino también por obra del propio individuo, que en su proyección social, familiar y profesional va adquiriendo ciertos reconocimientos, que de uno u otro modo, van incidiendo en el grado de protección penal del honor, tanto de forma favorable como desfavorable, quien permanentemente quebrantas las leyes mínimas de convivencia social, apropiándose de lo ajeno, lesionando la libertad de las personas, etc., no puede pretender que se le proteja cuando se le increpa la realización de dicha conductas, mediante juicios de valor "negativos".

Así también, cuando se trata de funcionarios y/o servidores públicos, éstos al ejercer tareas públicas en los diversos estamentos de la Administración Pública, al requerir de transparencia ante el público, se someten permanentemente a la fiscalización de la ciudadanía y sobre todo, de la prensa, que muchas veces divulgará ciertos hechos noticiosos, que dan lugar a la imputación de un delito "funcional", cuya lesividad en lo que respecta al delito de calumnia, dependerá de una notable afectación a la integración comunitaria del individuo, cuando la atribución se dirige finalmente a menoscabar su credibilidad social o, de que el periodista no haya comprobado debidamente la veracidad de los hechos, no haya contrastado debidamente las fuentes. Estas personas, de cierta forma ven reducido su ámbito y/o esfera de protección del honor personal, en razón de la tutela de intereses generales superiores. Lo dicho es importante, pues si de plano estimáramos que dicha conducta fuera punible, sin ejercer un balance constitucional, estaríamos tutelando de forma intensa al honor, pero a la vez dejando sin piso la tutela de otras libertades fundamentales (derecho de información).

Nos inclinamos, por tanto, a una perspectiva normativa-funcional¹⁸³, que de cierta forma se asemeja a la tesis "constitucionalista" de Berdugo, pero con sus propios matices y particularidades: primero, debemos partir que el "honor" es un atributo propio del ser humano, que emana de la "dignidad"¹⁸⁴, que le viene dado por su condición de persona, por lo que dicho derecho subjetivo no puede ser negado por consideraciones de orden social, económico, cultural, etc.; segundo, el honor es un bien jurídico que adquiere grados de desarrollo, que tienen que ver con la realización del individuo como persona en un determinado sistema social, conforme va obteniendo determinados logros personales, proyectos profesionales, grados jerárquicos (funcionales, optimización académica, etc.), va adquiriendo un reconocimiento social

¹⁸² . Así, Carmona Salgado, C.; *Delitos contra el honor*, cit., p. 465.

¹⁸³ . Para Carmona Salgado, en el ámbito penal en concreto, el honor se fundamenta en un juicio personal y normativo; personal, como atributo de todo sujeto, independiente de la autoestima o autodesprecio que individualmente se tenga (honor subjetivo), así como de la efectiva valoración social que se haga al respecto, y normativo-valorativo, como concerniente a la dignidad humana, no basado, pues, en una constatación fáctica; *Delitos contra el honor*, cit., p. 465; Bustos parte de una posición ajustada a las cánones de un Estado democrático de derecho, al sostener, dada la transformación de la sociedad, el honor aparece concebido democráticamente (igualitariamente), pero además al reconocerse la actuación de diferentes sujetos en las relaciones sociales, necesariamente el honor ha de extenderse a todo sujeto que puede ejercer derechos, pasa a ser un concepto organizativo normativo; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 165.

¹⁸⁴ . Urquiza Olaechea, señala que la dignidad de la persona aparece no como una expectativa o como algo fuera de la realidad, sino por el contrario como un hecho tangible, un derecho sujeto a protección e irrenunciable sin admitir privilegio alguno. Así todos tenemos no sólo un derecho, sino una natural expectativa a no ser menoscabados, ultrajados, ofendidos o valorados negativamente. No mientras se defiende sin concesiones la primacía de la dignidad de la persona humana; *Los delitos contra el honor en el nuevo Código Penal*. En: Revista peruana de ciencias penales, N° 1, 1993, cit., p. 236.

(reputación), que puede verse seriamente menoscabado cuando se propala un juicio de valor ofensivo o la presunta comisión de un delito, lo que, en todo caso, incide en el grado de afectación al bien jurídico, no en cuanto a la relevancia jurídico-penal de la conducta.

Por otro lado, ese mismo sujeto en su actuación con sus congéneres, puede ver mermado el reconocimiento social por realizar comportamientos que contravienen patrones sociales de alcance general, con ello nos referimos a conductas que son reprobados por todo el colectivo; vg.r., quien golpea a su mujer, el que vive a costas de su esposa, si a éstos le dicen cobarde, vividor, etc. Sin embargo, la veracidad de dichas conductas de todos modos mermará la posición social del afectado, en cuanto a su relación con los demás, constituyendo una lesividad, que debe estimarse positiva, de acuerdo a la posición adoptada. Lo que no obsta a que pueda ser denunciado, por los ilícitos penales que pueda haber cometido. Cuestión distinta, se dará según el ámbito social, donde se propala la supuesta expresión ofensiva, cuando se hace mención, por ejemplo, a las deficiencias laborales de un empleado por parte del superior jerárquico.

Con todo, la lesividad de la conducta no ha cifrarse conforme a los juicios de valor ético-sociales de la comunidad, sino en relación a la afectación de la autorrealización personal en el campo de las relaciones sociales, cuando la persona es desvalorada por los demás, pero no olvidemos que será la persona misma (sujeto pasivo), quien decidirá ello, al ser delitos perseguibles a instancia del ofendido, puede en algunos casos que la revelación de una circunstancia propicie un juicio de valor "positivo" (v.gr., un aventajado), al margen de que la intimidad pueda verse afectada.

No habrá lesividad (tipicidad), en la medida que existe una correspondencia entre el juicio descalificativo con los hechos que son atribuidos al sujeto, siempre y cuando se de en un determinado marco social, que no afecte la libertad de autodeterminación del individuo en su vida en sociedad. A quien se le condena por un delito y es llamado delincuente por la víctima en el juicio que ha de verter su testimonio, no habrá sido afectado en su honor; pero si, éste luego de purgar condena, sale en libertad y, es llamado así cuando pretende acceder a un puesto de trabajo, aún por virtud de un beneficio penitenciario, si se habrá lesionado el honor.

Del mismo modo, quien sufre de una enfermedad mortal y contagiosa como el VIH (Sida), al margen de que sea verdad de que el sujeto pasivo sea portador de dicha enfermedad, si se le dice "sidoso", como una vía de menosprecio, será que duda cabe una conducta constitutiva de injuria, pues provocara el estigma social¹⁸⁵, pero si quien se lo dice, fue el contagiado, por éste, a quien no le había dado conocimiento de la enfermedad, no se podrá hablar de una afectación personal¹⁸⁶, si recalca en un

¹⁸⁵ . Cuando un sujeto, dice Soler, ocultamente ha cometido un desfalco y es imputado en público (aún en privado) de ese hecho, su padecimiento moral puede ser intensísimo, mayor incluso al que pueda experimentar un hombre honesto a quien se diga públicamente y para ofenderlo una cosa que nadie creerá; *Derecho penal argentino*, T. III, cit., p. 230.

¹⁸⁶ . Así también, habrá que revelar que en el marco de un proceso penal, donde la actuación probatoria se determina a partir de ciertas intervenciones orales de ciertas personas, que son necesarias para proporcionar información sobre el tema de debate, en este caso los testigos que son llamados por la jurisdicción, para que testifiquen sobre el objeto de prueba, por lo cual, muchas veces, emitirán juicios de valor negativos, para con el imputado, de igual forma los abogados de la defensa, el acusador público y los peritos. Conductas todas estas, que no pueden ser reputadas como constitutivas de injuria o de calumnia, tal como se desprende del artículo 133° del CP; Como expresa Nuñez, el ámbito de cumplimiento del deber del testigo está supeditado a la veracidad del testigo y a la relación de su dicho con el objeto de su testimonio; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, T. IV, cit., p. 85.

mecanismo de reacción inmediata, pero no como una vía de desprestigio social ante el colectivo.

En los casos expuestos, es evidente la intención de ofensa del agente. Eusebio Gómez señala que las deficiencias morales de un individuo, por graves que sean, no autorizan a los demás a exponerlo sin piedad y sin medida al constante ludibrio. Un hombre carente de virtud o de la corrección necesaria en determinados aspectos de su vida, puede conservar, en otros, cierta dignidad¹⁸⁷.

Desde una perspectiva del bien jurídico centrada en el derecho de autodeterminación, lo único importante es la aptitud objetiva de la imputación para suscitar la desvaloración social de otro y eso no depende en absoluto que el hecho imputado sea o deje de ser cierto¹⁸⁸.

Lo importante a todo eso, será entonces, el marco social donde se produce la atribución del juicio de valor negativo. En palabras de Maciá Gómez, el ataque contra el honor suele consistir en la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona, falsos o ciertos, que afecten su reputación y buen nombre en la consideración ajena o propia¹⁸⁹, que pueden colindar con la afectación a la intimidad.

Para Salinas Sicchia, quien adopta una concepción normativa, señala lo siguiente: "(...) lo importante para subsumir un comportamiento en alguno de los tipos de los delitos contra el honor tipificados en nuestro Código penal es su idoneidad objetiva para suscitar el desprecio de los demás, resultando irrelevante, en cambio, el carácter verdadero o falso de los hechos atribuidos, toda vez que la simple idoneidad objetiva de los hechos imputados al ofendido es suficiente para obstaculizar su espacio de libertad en el que se concreta el bien jurídico honor"¹⁹⁰.

Así también, en el caso de quien goza de un prestigio social y, si se le atribuye un descalificativo, que colinda con la veracidad, no habrá entonces afectación, siempre que se le impute en un ámbito de legitimación (debate político). Se hace alusión, por consiguiente, a una premisa normativa (dignidad humana) para dar luego una visión funcional (social) del honor.

Cuando un individuo comete un acto reprobado por las normas positivas (delito), aceptadas por todos desde una perspectiva comunitaria, genera una reprobación jurídica y social que legitima la reacción punitiva-estatal, que si bien

¹⁸⁷ . Gómez, E.; *Tratado de Derecho Penal*, T. II, cit., p. 273.

¹⁸⁸ . Laurenzo Copello, P.; *Los delitos contra el honor*, cit., p. 43; Sin embargo, puede que la imputación a pesar de ser verdadera y que se manifiesta con el objetivo de desprestigiar a alguien, quien se le atribuye por ejemplo ser gay, no vea resentido su honor, sino mas bien fortalecido ante la comunidad, en la medida que se siente orgullo de su opción sexual, más aún cuanto esto era más que evidente; distinto será cuando se le atribuya dicha condición, a quien nunca lo reveló, mas bien siempre lo quiso esconder, como una forma de menospreciarlo en el círculo social. Considero que el desarrollo de la sociedad actual, va adquiriendo ciertas liberalidades en prejuicios que poco a poco se han ido superando, que de cierto modo dan lugar a una apertura ideológica, que termina por cerrar espacios a las opciones conservadoras, que aún son contestes a la apertura social, que deben tomarse en cuenta para la calificación jurídico-penal de la conducta; a consideración de Jaén Vallejo, se debe tomar en cuenta el propio comportamiento del afectado, por lo que tomando un ejemplo de Bajo Fernández, si una persona destaca en públicos los defectos físicos o psíquicos de otra, no está lesionando su honor, que se mantiene intacto, sino, más bien, su derecho a la intimidad, entendido como derecho a sustraer de la discusión pública ciertos aspectos de la vida privada; *Libertad de expresión y delitos contra el Honor*, cit., p. 154; para O`callaghan, la intromisión ilegítima en el derecho al honor exige, pues, la falta de veracidad; *Libertad de expresión y sus límites:...*, cit., p. 54; de hecho llegar a dicha conclusión, supone dar entrada a una visión fáctica del honor "merecido".

¹⁸⁹ . Maciá Gómez, R.; *El delito de Injuria*, cit., p. 88.

¹⁹⁰ . Salinas Sicchia, R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 273.

resulta lesiva en el honor del condenado, la necesidad por cautelar los intereses generales hace que dicho derecho ceda, en aras del beneficio social e individual que ha de reportar el mismo. El sujeto infractor de la norma pierde en cierto sentido una porción de la esfera de protección del Derecho penal, pero en definitiva, nunca pierde su dignidad, por lo tanto, la base existencial para ser portador del derecho al honor y de ser sujeto pasivo de estos delitos, cuando se le pretender menospreciar enrostrando su calidad de "delincuente".

La pretensión que tiene el sujeto de que el resto de la sociedad, lo estime positivamente, es una expectativa que se verá frustrada únicamente, cuando salen a la luz la propalación de juicios injuriosos, insultantes así como la atribución de haber cometido un delito, al margen de su veracidad y que se realicen en una circunstancia concreta, que pueda propiciar un menoscabo en la vida comunitaria del sujeto, donde quien profiere los hechos tendrá posibilidad de la prueba de la "verdad", según los alcances del artículo 134° del CP, sólo en el caso de Calumnia, cuando se comete a través de la conducta que se describe en el artículo 132° del CP (Difamación).

Entonces, la conducta constitutiva de un injusto penal, debe suponer una afectación a la autorrealización personal del sujeto pasivo y la perturbación participativa en los procesos sociales.

Empero, si bien se dijo que la tipicidad de la conducta en los delitos contra el honor, no puede estar subordinada a la veracidad de las imputaciones, puesto que la manifiesta intención de desprestigio puede darse también ante la ofensa de palabras, que puede condecirse con la verdad de los hechos; siendo también que la cláusula de la "prueba de la verdad", refunde ambos injustos, tal como aparece del tenor literal del primer renglón del artículo 134° del CP, no es menos cierto que dado un vistazo a los incisos que se glosan en el articulado, la *exceptio veritatis* ha de incidir únicamente en hechos vinculados al ejercicio de la actuación pública del funcionario, por lo que ha de tratarse de ciertos comportamientos, que pueden ser reputados como conductas delictivas, pues en este caso, lo que esta en objeto de fiscalización es la actuación funcional, que puede contravenir los intereses estrictamente generales que ha de seguir la conducta funcional, de acuerdo al contenido material del bien jurídico que se tutela en el Título XVIII del CP (Administración Pública); presupuesto que sigue también el inc. 2), cuando hace alusión a "hechos" imputados, abiertos en un proceso penal, quiere decir esto, que contra una persona particular, se le esta persiguiendo por un delito común, donde obran indicios suficientes de apariencia de criminalidad.

Lo que pretendemos alegar, en todo caso, es que la veracidad de la imputación que se alza contra una persona (sujeto pasivo), que hace la misma constitutiva de un delito de Calumnia, no la deviene en atípica, en la medida, que podrá hablarse de una lesión del honor, cuando se le atribuye la comisión de un delito que realmente se ha cometido, puesto que al margen de la veracidad de la imputación, la afectación al honor ya se habrá producido. En efecto, en un Estado de Derecho, deben respetarse los canales, en virtud de los cuales se abre una investigación a una persona, por haber cometido presuntamente un delito, pues quien conoce que otro a cometido un injusto perseguible por acción penal pública, debe dar conocimiento de la noticia criminal a las agencias estatales predispuestas –constitucionalmente encargadas-, de investigar y perseguir el delito, no se puede dejar al libre arbitrio de los ciudadanos la potestad de atribuir la comisión de hechos punibles a un individuo, al margen de los mecanismos legales previstos en la Ley, de no ser así estaríamos reduciendo drásticamente la tutela penal del honor. Por consiguiente, la veracidad de la información no hace que la atribución delictiva devenga en atípica la conducta por el injusto de Calumnia.

Así también, debe destacarse que cuando se divulgan hechos que refieren a la vida personal del funcionario público y, a partir de ahí, se profieren juicio de valor, vgr., opción sexual, no cabe acá el derecho a la verdad (*Wahrheitsrecht*), no son

hechos que tengan trascendencia pública. Máxime, si se divulgan estos hechos de pura trascendencia privada, al margen de poder afectar el honor, si han sido recabados desde un ámbito de la privacidad, habría que admitir la concurrencia de un concurso ideal con el delito contra la intimidad. En efecto, la prueba de la verdad, según nuestro derecho positivo vigente importa una concepción restringida, no cualquier noticia que se difunda puede ser pasible de esta excepción, lo cual resulta correcto a fin de no dejar desguarnecida la tutela del honor. Sólo puede disminuir, de cierto modo, su protección penal cuando se trata de hechos que tienen relevancia política y social, y que tiendan a la verdad, con los matices que han de verse en el campo de la antijuridicidad. Por consiguiente, la veracidad, de la imputación en el caso de la Calumnia, de atribuirse la comisión de un hecho delictivo, no será atípico si este se encuentra revestido de "veracidad", pero la veracidad "aparente", que haya contado desde un principio, quien ejerce el derecho de información, podrá ser exento de pena, no por cuestiones de atipicidad penal, sino por hacer uso del ejercicio legítimo de un derecho, siempre y cuando se cumpla con la concurrencia de ciertos presupuestos, que más adelante serán analizados in extenso.

La tutela del derecho al honor, puede verse mermada, cuando aparecen otros derechos dignos de tutela, el derecho a la información cumple una labor de primer orden a fin de conformar una opinión pública –verás y objetiva-, cuando se divulgan noticias de especial trascendencia pública. En estos casos, a fin de no limitar este derecho y, de no colisionar con el honor de forma extralimitada, se permite que la verdad de los hechos sean objeto de valoración en sede de antijuridicidad y, no en el se de tipicidad penal, a fin de realizar un balance legítimo de los bienes jurídicos en conflicto.

3.-La distinción de los delitos contra el honor con los delitos contra la intimidad

Que duda cabe, que entre los delitos contra el honor y su par contra la intimidad, revelan zonas de concurrencia tipificadora, que no son fáciles de delimitar, esferas de encuentro que puedan dar lugar a una sobreprotección de uno sobre otro; ambos bienes jurídicos pertenecen a la personalidad del individuo, intereses inmateriales que son inherentes a la condición de persona y, que el Estado se encuentra obligada a tutelar eficazmente, mediando los efectos preventivo-generales y preventivo-especiales que se desprenden de la norma jurídico-penal. Como dice Peña Cabrera, el honor y la intimidad son derechos próximos pero no coincidentes¹⁹¹.

La intimidad hace alusión a aquella parcela privativa del individuo, donde desarrolla su personalidad, a través de una serie de conductas, que puede realizarse de forma individual y colectiva, que no puede ser invadida por terceros, ora por el Estado ora por el resto de ciudadanos, siempre y cuando no se interponga un interés jurídico superior. Tales derechos constituyen dimensiones de la libertad de la persona, que se traducen en la facultad de exclusión del acceso por parte de terceros al conocimiento de hechos, circunstancias y datos personales, que su titular considera individuales y privados, y que son jurídicamente valorados en la medida en que, constando en algún soporte objetivo, afectan a la persona o actividad del individuo y pertenecen al ámbito de la privacidad existencial del hombre¹⁹².

¹⁹¹ . Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, I, cit., p. 379.

¹⁹² . Polaino Navarrete, M.; *Delitos contra la intimidad*. En: Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial, cit., p. 396; Así, Carbonell Mateu, J.C./ González Chusca, J.L.; *Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad de domicilio*, cit., p. 319.

Hoy en día, el avance de la informática, de los medios audio-visuales permite obtener imágenes de un individuo por vías inmediatas y automáticas, cuya intromisión será vedada (prohibida penalmente), siempre y cuando no se cuente con el consentimiento de su titular, por lo que el ajuste permanente de las normas debe ser un cometido irrenunciable del legislador, para proteger debidamente la intimidad, sobre todo cuando la presa, los comunicadores públicos a fin de obtener la noticia, muchas veces violan la privacy de las personas, mediante la filmación de escenas o la toma de fotografías, de actos que acontecen en la privacidad de una persona. Lo descrito importa la reflexión que de forma paulatina se esta perdiendo cada vez mas una porción de la privacidad personal y familiar, en vista de la arremetida de los medios de comunicación social, que al utilizar mecanismos altamente sofisticados técnicamente ponen en riesgo la intimidad de las personas.

La Ley Fundamental en el artículo 2º, inc. 7), dispone que toda persona tiene derecho al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias. Dicho interés jurídico debe ser puesto a buen recaudo, a fin de que no se afecte el desarrollo de la personalidad así como la participación del individuo en los procesos sociales, cuando se divulgan hechos y/o circunstancias propias de la privacidad, cuya tipicidad no esta condicionada a que vengan aparejadas con juicios de ofensa o de menosprecio como sucede en el caso de los delitos contra el honor. Es de verse, que los individuos depositan muchas veces informaciones, que pertenecen a la esfera de su personalidad, en archivos que se guardan en instituciones públicas o privadas, así como en el caso de las historias clínicas donde se consigan ciertos datos médicos del paciente, haciendo alusión a ámbitos concretos del individuo, en cuanto a su record laboral, enfermedades, antecedentes penales y/o judiciales, etc.; un sin fin de datos, cuya divulgación sin consentimiento de su titular puede dar lugar a una infracción penal contra la intimidad. Nuestro marco jurídico-constitucional regula la denominada acción de garantía constitucional de Hábeas Data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2º incisos 5) y 6) de la Constitución, el último inciso mencionado dispone el derecho que tiene toda persona, a que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar, concordante con lo estipulado en el artículo 61º de la Ley N° 28237 – Código Procesal Constitucional.

Conforme se describe en el artículo 154º del CP, la fórmula típica establece que la violación a la intimidad de la vida personal o familiar, se configura: observando, escuchando o registrando un hecho, palabra, escrito o imagen, valiéndose de instrumentos, procesos técnicos u otros medios (...), donde la punibilidad del comportamiento esta subordinado a que la captación del hecho o de la imagen importa que los mismos se den en un ámbito estrictamente privado y, que no haya mediado consentimiento de su titular (es). No se producirá un atentado contra la intimidad, cuando dos personas, por mas que están realizando un acto propio de su personalidad (sexual), en plena vía pública y, en estas circunstancias es captado el hecho por un camarógrafo de un canal de TV.

Ahora bien, dicho lo anterior debemos trazar ciertos puntos de divergencia entre el derecho al honor y el derecho a la intimidad: primero, si bien ambos se erigen como derechos inmateriales propios de la persona humana, el honor se refiere a la reputación social, a la estimación que tiene el colectivo sobre la persona (plano objetivo), relacionado con su estimación personal (plano subjetivo), en tanto que la intimidad comprende aquel aspecto personal que el titular quiere guardar en su esfera de privacidad, que cuando son divulgados afectan su derecho a que dichos hechos no sean conocidos por terceros, al margen de que puedan resultar ofensivos, o

reprobables según la perspectiva del espectador medio, en cambio las conductas que lesionan al honor, en el caso de la injuria, que al margen de ser verdaderas, afectan el libre desarrollo a su personalidad, en la medida que importan manifestaciones de ofensa o de menosprecio; segundo, puede que concurra en simultáneo una afectación al honor y a la intimidad de la persona, pues es de verse que la divulgación de ciertos hechos, toman lugar mediante métodos vedados, violentando la privacidad personal del afectado y, partir de ahí, se divulgan mediando palabras ofensivas, en cuanto a la atribución de una determinada cualidad de la persona. Como expresa Morales Prats, el ataque a la intimidad constituye el medio para menoscabar la honorabilidad de las personas¹⁹³. Así también, habrá que añadir, que en el caso de la Intimidad, su real ofensa sólo podrá darse cuando se revelan hechos de por si ciertos, pues si se divulgan imágenes trucadas, no podrá verse afectada la privacidad de la persona.

Desde el punto de vista negativo, apunta Vives Antón, toda lesión de la intimidad, como la de cualquier otro derecho fundamental, comporta una lesión indirecta del honor; pero, conceptualmente al menos, tal lesión indirecta resulta perfectamente separable de las directas. A la inversa el problema es aún menor, porque la lesión del honor no implica lesión de la intimidad¹⁹⁴. Es de recibo, que el ataque a la intimidad da lugar a la divulgación de ciertos hechos, circunstancias propias de la esfera personal o familiar del individuo; que pueden a su vez afectar el honor de su titular, pero, dicha afectación esta supeditada a que se produzca un real menoscabo a la fama y autoestima personal. Y, en lo que respecta al honor, su menoscabo, no siempre implicará una lesión a la intimidad, pues el agente puede haber obtenido la información mediante métodos o vías lícitas.

En resumidas cuentas, ambos injustos hacen alusión a una espera propia de la personalidad humana, que de una u otra forma encuentran coincidencia en la dignidad humana, como elemento inherente de todos los individuos, fundamental dentro de un orden democrático de derecho que se basa en la pluralidad ideológica, en el respeto a la diversidad y con amplia vigencia del principio de igualdad. Donde la afectación del honor se produce mediante la manifestación de una expresión o de una imputación de un hecho, que hace mella en las relaciones del individuo con sus congéneres, al margen de consideraciones puramente fácticas, por su parte la afectación a la intimidad supone una intromisión legítima a la privacidad del individuo, divulgando ciertos aspectos de la personalidad del individuo, que para ser típicos deben tratar de hechos ciertos. Puede darse un concurso real de delitos, en el sentido, de una figura "medial", pues en algunas oportunidades la afectación a la intimidad es el vehículo para la concretización de un menoscabo al honor.

¹⁹³ . Morales Prats, F.; *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, cit., p. 144.

¹⁹⁴ . Vives Antón, T.S.; *Delitos contra el honor*, cit., p. 347.

CAPÍTULO QUINTO

LOS DELITOS CONTRA EL HONOR

DESCRIPCIÓN TÍPICA – ANÁLISIS DOGMÁTICO

1.-EL DELITO DE INJURIA

Considero que resulta de relevancia, realizar una breve descripción típica de los injustos de injuria y calumnia, a fin de que el objetivo de la presente monografía adquiera una mayor consistencia teórica y, que a la vez se pueda dar una respuesta sistemática a los fines que se persiguen en el mismo.

El legislador del 91, en base a la categoría dogmática del bien jurídico, dispuso una clasificación del comportamiento típico, empezando por aquellos injustos que atentan con la visión personalista del individuo. En efecto, los delitos contra el honor suponen una afectación a la personalidad del individuo y a su dignidad inherente.

a.-Modalidad típica

Como primera figura resalta la injuria, conforme es de verse en la descripción típica que se recoge en el artículo 130°. El honor concebido desde una posición normativa-funcional, ha de verse lesionado cuando se profieren frases, palabras, gestos o vías de hechos que poseen aptitud suficiente como para perturbar de forma considerable la vida comunitaria del individuo, imposibilitando su participación en concretas actividades socio-económicas-culturales, menoscabando la dignidad humana; por eso es que no cualquier conducta, que en apariencia (formalmente), puede ser reputada como típica tiene relevancia jurídico-penal. Decimos esto, en cuanto la determinación del comportamiento típico, merecido y necesitado de pena, no puede ser cualquiera, se requiere de un injusto cualificado, que realmente pueda lesionar al interés jurídico penalmente tutelado. De entrada, no podemos delimitar la relevancia jurídico-penalmente de la conducta, conforme a un criterio fáctico, ora subjetivo ora objetivo, en vista de su relativismo y su falta de correspondencia entre uno y otro.

Por otro, no podemos asumir una posición meramente legalista (positivista), de ser así habría que penalizar todas las expresiones injuriantes que de forma permanente de lanzan los ciudadanos unos a los otros; las cuales se hacen cada vez más intensas, en virtud de la intercambio de bienes y servicios, el tráfico rodado, el deporte, la política, donde la expresión de menosprecio es un patrón generalizador, sin que ello quepa admitir que una sociedad democrática, deba sumirse en el insulto y en la ofensa entre los individuos. No es esa nuestra idea, sino de introducir correctivos, en cuanto a la delimitación de la conducta típica, a efectos de reservar la pena para las injurias más

lesivas¹⁹⁵, de conformidad con los principios de subsidiariedad y de ultima ratio, por lo que no se puede tomar como sostén una posición meramente fáctica, al dar como resolución respuestas diferenciadas ante idénticos supuestos de hecho. En palabras de Lorenzo Copello, (...) sólo aquellas que afectan de modo específico el derecho al respeto comunitario en el que se concrete el bien jurídico¹⁹⁶.

Núñez escribe, la injuria, como deshonra o como descrédito, es siempre una conducta significativa de desmedro para las calidades estructurantes de la personalidad¹⁹⁷. Para Fontán Balestra el elemento objetivo más característico de la injuria es su ofensividad, por lo que todo el proceso lógico de ella tiende a manifestar su existencia¹⁹⁸.

El comportamiento prohibido debe traducirse en una merma del prestigio social y de la autoestima, pero su lesividad dependerá de en realidad se afecte la posición social de la persona, en el marco de un proceso de integración entre los ciudadanos así como su estimación individual¹⁹⁹. Como expresa Núñez, el valor significativo de las acciones y omisiones, como modos de expresar la injuria, es totalmente relativo²⁰⁰. De ahí, que debamos valorar la conducta conforme a las características del caso concreto, las particularidades propias del sujeto pasivo, el entorno social en que se desenvuelve, etc²⁰¹. No será lo mismo que una persona que se dedica a cobrador de combis, sea insultado por no realizar bien el servicio público, que el catedrático que es llamado "cachudo" en pleno pasillo universitario. Se necesita, entonces, de una valoración que de forma concreta vaya a realizar el juzgador, a fin de calificar la punibilidad de la conducta, de conformidad con las propiedades de última ratio y de mínima intervención que habrá de caracterizar al Derecho penal, en este ámbito de la criminalidad. La ofensa o el ultraje, son elementos normativos del tipo penal que serán llenados de contenido valorativo, que deberán colegirse con el contenido del bien jurídico tutelado y con las características esenciales del Derecho penal²⁰².

La conducta injuriosa, se manifiesta a partir de palabras, éstas suponen proferir términos ofensivos, más concreto insultos que afecten el decoro de la persona, su posición en la sociedad²⁰³, (...) proferir una expresión o ejecutar un acción que impliquen juicios de valor que afecten la posición del sujeto y su desarrollo en la relación social²⁰⁴. En palabras de Urquiza Olaechea, bajo este tipo penal subyace una

¹⁹⁵ . En el CP español, se ha tipificado de forma expresa, las injurias graves, en el artículo 209º.

¹⁹⁶ . Lorenzo Copello, P.; *Los delitos contra el honor*, cit., p. 129.

¹⁹⁷ . Núñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, T. IV, cit., p. 58.

¹⁹⁸ . Fontán Balestra, C.; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, T. IV, cit., p. 433.

¹⁹⁹ . Lo que se condice con la naturaleza privada de la persecución penal de este delito, de acuerdo a lo previsto en el artículo 138º del CP.

²⁰⁰ . Núñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, T. IV, cit., p. 64.

²⁰¹ . Así, Carmona Salgado, C.; *Delitos contra el honor*, cit., p. 483; Así, Villa Stein, J.; *Derecho Penal. Parte Especial*, I-B, cit., p.37.

²⁰² . En la ejecutoria que se contiene en el Exp. N° 586-2003, expedida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 15 de abril del 2004, se señala en el Considerando lo siguiente: "Que el agravio que expresa el querrellado en su escrito de fojas 356, estriba en que el cuestionado aviso de "Cliente Moroso", no pueda tipificarse como delito de difamación, ya que ello denota tan sólo una expresión común y corriente en el tráfico comercial y financiero, por lo que dicha expresión no puede tipificar un delito contra el honor; que analizando los actuados que obran en el proceso, no aparecen configurados los elementos objetivos y subjetivos de los tipos penales objeto de imputación, por parte del querrellado ya que su conducta esta dirigida a realizar el cobro de una deuda, sin que el citado aviso, incluso, importe un ultraje o una ofensa lesiva al honor o reputación de la querellante (...)".

²⁰³ . Así, Serrano Gómez, A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 281.

²⁰⁴ . Bustos Ramírez, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 167.

prescripción punitiva rigurosa, por la cual la ley no permite burlarse ni siquiera del más miserable de los hombres; es el derecho a ser respetado por los demás; a no ser escarnecido ni humillado ante uno mismo o ante otros²⁰⁵.

Constituye una de las formas más comunes la injuria verbal²⁰⁶, pero no la única, pues la escrita también es una vía muy usada²⁰⁷. La expresión, pues, se manifiesta mediante palabras, sean éstas emitidas verbalmente o por escrito, sea cual fuere el soporte o medio que sustente la expresión, y mediante formas expresivas gestuales²⁰⁸ o mímicas así como de forma simbólica, ya sea caricatura, emblemas²⁰⁹. En todos los casos, la conducta para estar revestida de relevancia jurídico-penal, en este caso la expresión o manifestación injuriosa, debe llegar al destinatario, esto es, al sujeto pasivo, de no ser así no se puede hablar de afectación subjetiva.

También, aparece la injuria implícita, a decir de Ramos, cuando su materialidad no se percibe en las palabras que la manifiestan sino en el hecho de que éstas suponen que el ofendido es capaz de realizar un acto que es el concepto social es tenido por deshonesto o inmoral²¹⁰. Las injurias implícitas pueden presentar diversos aspectos. Uno de ellos es el que da nombre a la injuria oblicua o encubierta, escribe Eusebio Gómez, que es la que se comete formulando una negación como en la frase: "yo no he estado preso por ladrón"²¹¹.

Eusebio Gómez, nos recuerda la distinción entre injuria inmediata y mediata. Es inmediata la que, abiertamente, nos enrostra un vicio nuestro. Es mediata la que,

²⁰⁵ . Urquiza Olaechea, J.; *Los delitos contra el honor...*, cit., p. 279.

²⁰⁶ . Así, Nuñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, T. IV, cit., p. 60; Gómez, E.; *Tratado de Derecho Penal*, T. II, cit., p. 290; Ver ampliamente, Salinas Sicchia, R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., ps. 279-280.

²⁰⁷ . Así, Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. III, cit., p. 245; Cuello Calón, E.; *Derecho Penal (Parte Especial)*, T. II, cit., p. 692.

²⁰⁸ . En este apartado, en cuando las modalidades comisivas, concretamente en cuanto a las "vías de hecho", que estima típicas el legislador en el artículo 130º, ha de verse que realización de un acto que recae sobre la esfera corporal del sujeto pasivo, podría ser constitutivo del delito de injuria, descartando su punición por el delito de lesiones; Así, Ramos al referirse a el bofetón o a la escupida, en ciertos casos, dice, cualquiera de estos dos medios puede constituir la más atroz de las injurias; *Delitos contra el Honor*, cit., p. 371; Así, Nuñez, R.; *Derecho Penal Argentino*, T. IV, cit., ps. 60-61; Así, Peña Cabrera, al distinguir las siguientes conductas que se reputan como injurias reales; v.gr., escupir, abofetear, mojar, tirar de las orejas o el cabello, cortarle el cabello o la barba, sacudir las ropas a alguien, empujarlo, arrojarle inmundicias, levantarle la falda, meterle la mano o tocarle los senos o las nalgas de una mujer, pintar la cara, echarle bebidas en el rostro, subirse a las espaldas de alguien; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, I, cit., p. 384; Consideramos que la relevancia jurídico-penal de la conducta ha determinarse conforme las circunstancias concretas del caso concreto, v.gr., la bofetada que la mujer le propina a un hombre descortés o, la madre que bofetea ligeramente a su hijo, por haberla insultado, no pueden estimarse como típicas, por cuestiones de imputación objetiva, sin necesidad de acudir al tipo subjetivo del injusto, en estos casos, las conductas no ingresan al ámbito de protección de la norma; sin embargo discrepo con mi padre, en cuanto a la inclusión de las últimas conductas como constitutivas de injuria real, pues en estos casos, ya al producirse un tocamiento en las partes íntimas de la víctima, el hecho debe ser reconducido al tipo penal de actos contra el pudor; Así, Peña Cabrera Freyre, A.R.; *Delitos contra la Libertad e Intangibilidad Sexual*. Ideosa, Lima, 2007, cit., ps. 235-249.

²⁰⁹ . Maciá Gómez, R.; *El delito de Injuria*, cit., p. 74; Así, O'callaghan, X.; *Libertad de expresión y sus límites...*, cit., p. 218; Blanco Lozano, C.; *Tratado de Derecho Penal Español*, II, cit., p. 355; Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, I, cit., p. 382; Villa Stein, J.; *Derecho Penal. Parte Especial*, I-B, cit., p. 38.

²¹⁰ . Ramos, J.P.; *Los delitos contra el Honor*, cit., p. 355; Así, Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. III, cit., p. 250.

²¹¹ . Gómez, E.; *Tratado de Derecho Penal*, T. II, cit., p. 292.

exteriormente, objeta un vicio ajeno, pero que puede recaer, sobre nosotros, como un descrédito o un deshonor²¹².

En la siguiente ejecutoria, Exp. N° 4465-98-Lima), se manifiesta lo siguiente: *"El delito de injuria se configura cuando el sujeto activo ofende o ultraja a una persona con palabras, gestos o vías de hecho, lo que significa que el medio empleado es la palabra dicha, lo que implica que se requiere la realización de un acto en sí ultrajante. La ofensa llamada en doctrina "injuria real", puede manifestarse mediante gestos o a través de cualquier otro signo representativo de un concepto o idea ultrajante. Las vías de hecho, son las conductas que se exteriorizan por movimientos corporales"*²¹³.

La injuria puede ejecutarse no sólo directa y personalmente, sino también valiéndose como instrumento de personas o seres irresponsables como niños, locos o animales²¹⁴. En el caso de los dos primeros, al poder ser considerados "instrumentos", no poseen capacidad de imputación criminal, su intervención será catalogada a título de autoría mediata, pues quien responde penalmente es el hombre de "atrás", es quien tiene el dominio real del hecho; en el último caso importa una autoría inmediata.

b.-Sujeto activo

Sujeto activo del delito de injuria, puede ser cualquier persona psico-física considerada, no se exige una determinada cualidad especial en el marco del tipo objetivo, basta que se trate de una persona con libertad de voluntad. Si quien emite la frase ofensiva es un menor de edad, ésta será un menor infractor de la ley penal, en el caso de adolescentes, pero cuando es un niño, al no poseer capacidad de influenciar en la estimación social del colectivo, carece de toda relevancia jurídico-penal. Un caso de autoría mediata, es plenamente admisible, cuando el hombre de atrás obliga al hombre de adelante (ejecutor formal del delito) a proferir una frase injuriosa que atenta contra el honor de un tercero o, se aprovecha de un defecto psíquico-orgánico del instrumento. No hay posibilidad de admitir una co-autoría, pues no es factible la división de roles, en cuanto a un co-dominio funcional del hecho; v.gr., si dos sujetos ofenden de palabras a un solo sujeto pasivo, cada uno de ellos responderá a título de autor por su propio injusto.

c.-Sujeto pasivo

Para ser considerado sujeto pasivo del delito de injuria, se requiere primero de una persona viva, es decir, la única posibilidad de que se menoscabe el prestigio social y la estimación individual, es que se trate de un individuo en plena participación en los procesos sociales, en el caso de la persona fallecida esto no se da, como dice Soler carecen de personalidad²¹⁵, (...) el difunto como difunto ya no es para el Derecho una persona o un ante al que se le pueda reconocer atributos personales²¹⁶; por lo que a lo más puede lesionarse su memoria, pues no poseen derecho al honor²¹⁷. La afirmación

²¹² . Gómez, E.; *Tratado de Derecho Penal*, T. II, cit., p. 278.

²¹³ . En: Gómez Mendoza, G.; *Código Penal*, editorial Rodhas, enero del 2007, cit., p. 76.

²¹⁴ . Cuello Calón, E.; *Derecho Penal (Parte Especial)*, T. II, cit., p. 693

²¹⁵ . Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. III, cit., p. 243.

²¹⁶ . Nuñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, T. IV, cit., p. 28.

²¹⁷ . Así, Villa Stein, J.; *Derecho Penal. Parte Especial*, I-B, cit., p. 37.

propuesta se condice con lo previsto en el segundo párrafo del artículo 138° del CP²¹⁸, pudiendo, entonces, ser sujeto pasivo cualquier persona, sea cuales fuera su posición social, o estatus socio-económico de acuerdo a la naturaleza normativa que le hemos otorgado al bien jurídico tutelado.

¿Debe ser necesariamente un adulto? Al respecto, la doctrina no es unánime, para ello habrá que decir que si el delito de Injuria supone una afectación en el prestigio social, en el caso de un niño por ejemplo, éste aún no habrá alcanzado un pleno desarrollo en sus relaciones sociales, pero en puridad de la verdad, la relevancia jurídico-penal de la conducta habrá que valorarse caso concreto, dependiendo de las circunstancias, pues puede que llamar bastardo a un niño por parte de un profesor, vaya que constituye una expresión ofensiva²¹⁹. El niño, como apunta Nuñez, tiene atributos personales, no sólo como tal, sino como futuro hombre o mujer²²⁰.

El punto de mayor discusión en el plano doctrinal es lo referente a las personas jurídicas, si se parte de que se requiere de un sujeto psico-físicamente considerado, habrá que negar rayadamente dicha opción²²¹, al tratar de una ficción legal creada por la Ley, para dotar a estas corporaciones (asociaciones), de un reconocimiento normativo, que les permite concretar sus fines más valiosos (pacto social). Empero, si bien la sociedad, al no detentar un cuerpo e espíritu, no cuenta con honor, si alcanza un prestigio, reputación y una credibilidad ante la sociedad, que puede verse afectado cuando se le atribuye falsear una marca o de introducir productos de muy baja calidad al mercado²²². El estado de la cuestión, amerita una profunda reflexión a fin de admitir o negar dicha capacidad (sujeto pasivo), de todos modos, no me cabe duda, que cuanto se ofende directamente a los miembros del directorio de una empresa, mediando frases ofensivas e insultantes, será constitutivo del delito de injuria²²³.

d.-La veracidad de la frase injuriosa

El contenido de la expresión injuriosa puede ser falso o verdadero, en tanto la lesividad no esta supeditada a ello, sino a la real afectación de la integración comunitaria del sujeto, dependiendo para ello las circunstancias y el lugar donde se profiere la frase, de todos modos su veracidad será tomado en cuenta para la declaración de atipicidad penal. La ofensa es un acto que menoscaba el honor y la reputación de una persona; es un menosprecio.

La verdad o certeza de la imputación no elimina la ilicitud de la conducta²²⁴, no rige un concepto de falsedad objetiva²²⁵. Lo dicho se corresponde plenamente con la

²¹⁸ . Si la injuria, difamación o calumnia ofende a la memoria de una persona fallecida, presuntamente muerta, o declarada judicialmente ausente o desaparecida, la acción penal podrá ser promovida o continuada por su cónyuge, ascendiente, descendientes o hermanos.

²¹⁹ . Así, Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. III, cit., p. 237; Cuello Calón, E.; *Derecho Penal (Parte Especial)*, T. II, cit., p. 690; Salinas Sicchia, R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 282.

²²⁰ . Nuñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, T. IV, cit., p. 24.

²²¹ . Así, Villa Stein, J.; *Derecho Penal. Parte Especial*. Delitos contra el honor, la familia y la libertad, I-B, cit., p. 37.

²²² . A favor, Donna, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., p. 445.

²²³ . Para Bustos Ramírez, la persona jurídica sí puede ser sujeto pasivo de este delito, en cuanto se les reconozca capacidad participativa, dado el carácter organizativo normativo del honor; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 166.

²²⁴ . Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, I, cit., p. 382; Vid. Salinas Sicchia, R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 279; Así, Soler, cuando escribe que decirle puta a una mujer que públicamente lo es, constituye injuria, porque la injuria no consiste aquí en la exteriorización del menosprecio significado por esa palabra, sino en la impresión que esa

redacción normativa del artículo 130º del CP, tomando en cuenta también, que con respecto a las expresiones y frases injuriosas no procede la exceptio veritatis, sólo en el caso de los funcionarios y/o servidores públicos, sin que ello quepa entender que dicha institución glosa una causal de atipicidad penal.

Entonces, la relevancia jurídico-penal de la conducta injuriosa, ha de determinarse conforme a ciertos criterios, que han de valorarse conforme a las circunstancias del caso concreto y, la forma de que como se profiere la expresión injuriosa, al margen de su contenido veras; v.gr., hablar en una reunión laboral sobre los defectos físicos de una persona, que se pretende contratar, no será constitutivo de tipicidad penal, en cuanto es necesario valorar dicha aptitud para la idoneidad del cargo. Pero muy distinta es la situación, apunta Soler cuando tales apelativos se enderezan a la propia persona, de manera idónea y en tono adecuado para herirla, deprimirla y hacerla sufrir por el recuerdo vivo de su inferioridad²²⁶.

e.-Naturaleza jurídica del delito de Injuria, formas de imperfecta ejecución

Luego, el delito de Injuria, es un injusto de mera actividad o en su defecto, es resultativo²²⁷. Consideramos que se trata de un delito de lesión²²⁸, pues no basta que se exprese la frase injuriosa²²⁹, sino que ésta debe trascender en una real afectación del honor del sujeto pasivo; v.gr., si se mando un carta de contenido injurioso, que nunca pudo ser recibida por el destinatario, al haber sido extraviada, no se habrá producido la perfección delictiva.

Cabiendo relevar, que no es necesario que la frase injuriosa sea canalizada por el sujeto pasivo, pues resulta suficiente que sea conocida por terceros²³⁰, en cuanto a sus efectos consumativos, por ejemplo ante una publicación de difusión masiva, siempre y cuando se hayan puesto en circulación, al haber sostenido que la afectación ha de expresarse en una merma de la integración social del individuo²³¹, en algunos casos, su exclusión social. Por consiguiente, son conceptualmente posibles tanto la tentativa inacabada como la acabada, aunque el castigo, dice Vives Antón, de una y otra resultan problemáticos, por la incidencia de la libertad de expresión²³².

exteriorización produce realmente; *Derecho penal argentino*, T. III, cit., ps. 219-220; Para Bustos (...) ciertamente la verdad de los hechos no importa para la configuración del injusto, pues lo que se pretende es afectar el honor de la persona, su posición y posibilidades de desarrollo en las relaciones sociales; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 169; Así, Fontán Balestra, C.; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, T. IV, cit., p. 433; Gómez, E.; *Tratado de Derecho Penal*, T. II, cit., p. 358; Cuello Calón, E.; *Derecho Penal (Parte Especial)*, T.II, cit., p. 694; En contra O'callaghan, al sostener que si es verdad lo que se dice, no hay honor que proteger; *Libertad de expresión y sus límites:...*, cit., p. 219.

²²⁵ . En contra Carmona Salgado, C.; *Delitos contra el honor*, cit., p. 484.

²²⁶ . Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. III, cit., p. 266.

²²⁷ . Así, Blanzo Lozano, C.; *Tratado de Derecho Penal Español*, T. II, cit., p. 356.

²²⁸ . Así, Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, I, cit., p. 382; Bustos Ramírez, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 170.

²²⁹ . Para Eusebio Gómez, en cambio, son de carácter formal. Nada importa, pues, que el ofendido no haya sido perjudicado, realmente, en su patrimonio moral; *Tratado de Derecho Penal*, T. II, cit., p. 292.

²³⁰ . Así, Carmona Salgado, C.; *Delitos contra el honor*, cit., p. 480; Nuñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, T. IV, cit., p. 74; Donna, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., ps. 454-455; Villa Stein, J.; *Derecho Penal. Parte Especial*, I-B, cit., p. 40.

²³¹ . Así, Lorenzo Copello, P.; *Los delitos contra el honor*, cit., p. 133.

²³² . Vives Antón, T.S.; *Delitos contra el honor*, cit., p. 355.

No hay duda que entre los injustos de Injuria y Calumnia, existe una zona no de muy clara delimitación, en cuanto a los comportamientos que han de cobijarse en una u otra tipificación penal. Si alguien llama a otro, v.gr., ladrón o asesino, es preciso consultar el contexto para saber si le está imputando hechos delictivos, que pudieran ser constitutivos de calumnia, o si, por el contrario, está emitiendo una valoración sobre su persona que sería constitutiva de injuria²³³. En todo caso, si alguien llama delincuente a otra persona, cuando ésta última acaba de arrancharse su cartera, no cabe duda que sería un delito de calumnia, que según las circunstancias sería una conducta atípica, pero si se imputa a una persona como "coimera", sin hacer alusión a hechos concretos que puedan dar lugar a un delito de Cohecho, será constitutivo de un delito de injuria. Podrían concurrir, siempre y cuando se profieran en simultáneamente dos frases que valoradas de forma independiente, puedan estar incursas en ambas tipificaciones penales. Como ha de resolverse, según el principio de subsidiariedad, pues el delito de Calumnia protege el honor de forma más intensa, en cuanto a la desvaloración de la acción y del resultado lesivo o de especialidad, puesto que la imputación del hechos es privativo de ambas figuras delictivas, donde el dato distintivo sería que el "hecho" se refiera a una conducta delictiva²³⁴.

Cuando la injuria se dirige contra varias personas hay tantos delitos de injuria cuantas son las personas ofendidos²³⁵.

f.-Tipo subjetivo del Injusto

En lo referente al tipo subjetivo del injusto, para su acreditación en el delito de Injuria, es suficiente la acreditación del dolo, no hay cabida legalmente para el pretendido animus inuriandi²³⁶, como se vera más adelante. El dolo se constituye con la conciencia de la entidad injuriosa de la imputación por lo que quien obra para atacar la honra o el crédito ajeno, sabiendo que con su acción ha de atacarlo o conociendo la posibilidad de esa ofensa, llena subjetivamente los requisitos de la injuria con dolo directo, indirecto o eventual, respectivamente²³⁷.

En consecuencia, profiere Peña Cabrera, rechazamos los intentos doctrinarios de encontrar en estas infracciones la existencia de un especial "*animus injuriandi*",

²³³ . Vives Antón, T.S.; *Delitos contra el honor*, cit., p. 354.

²³⁴ . Así, Peña Cabrera Freyre, A.R.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 661; Vives Antón, T.S.; *Delitos contra el honor*, cit., p. 355; Nuñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, IV, cit., p. 142.

²³⁵ . Cuello Calón, E.; *Derecho Penal (Parte Especial)*, T. II, cit., p. 703.

²³⁶ . En contra O'callaghan, X.; *La libertad de expresión y sus límites:...*, cit., p. 219; Así también Cuello Calón, al escribir que para la existencia de este delito, no solamente la voluntad de ejecutar los actos o de proferir las expresiones injuriosas, sino el ánimo de ofender, es menester la concurrencia del animus inuriandi; *Derecho Penal (Parte Especial)*, T. II, cit., p. 696; En la doctrina nacional, Salinas Sicchia, adopta la posición, de que sí debe verificarse el animus iniuriandi, señalando es una cuestión idéntica al dolo; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 282; En cambio para Bramont Arias y García Cantizano, trata de dos cuestiones distintas; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 138; Así, Villa Stein, al señalar que no es pues bastante para injuriar la verbalización del vocablo o la plástica del gesto, es menester el ánimo de ultrajar, la pretensión del actor; *Derecho Penal. Parte Especial*, I-B, cit., p. 39.

²³⁷ . Fontán Balestra, C.; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., p. 438; Así, Donna, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., p. 456.

puesto, que nuestra ley no contiene dentro de su estructura un supuesto que connote un elemento subjetivo del tipo²³⁸.

Serrano Gómez, refiriéndose a la legislación penal en España, señala que es suficiente para que exista este delito con que el autor conozca que de su acción se derivan perjuicios para el honor ajeno y que quiera realizar tales injurias causando daño –o al menos que así lo acepte–; o con otras palabras que exista dolo²³⁹

g.-Causas de Justificación

La problemática de la concurrencia de las causas de justificación, el ejercicio legítimo de un derecho (derecho de información), será objeto de análisis en líneas posteriores. Pero debe quedar claro, que en el caso de injurias recíprocas, fuera de la hipótesis contemplada en el artículo 133º del CP, no cabe la compensación, no se acepta la retorsión²⁴⁰, esto es, la impunidad de la conducta si se responde a una previa injuria con otra²⁴¹.

En lo que respecta el Consentimiento, dado el carácter altamente personalísimo del “honor”, consideramos que su concurrencia, al no eliminar el carácter lesivo de la conducta, no puede ser reputada como una causa de atipicidad penal²⁴², sino comprendida en la antijuridicidad²⁴³, al resultar prevalente la decisión de su titular en cuanto a su libre disponibilidad, que se afirma con la naturaleza privada de su persecución penal.

Además, debe destacarse, que al margen de la causa de justificación por el ejercicio legítimo de un derecho, ha de revelarse otro precepto autoritativo, nos referimos a la realización de un oficio, cargo y/o oficio, de forma específica los jueces al momento de administrar justicia, en el marco de sus resoluciones así como los fiscales en la formalización de las denuncias o en sus acusaciones, pueden proferir frases injuriantes, es decir, lesivas al honor de una persona, pero en todo caso justificadas, pues son amparadas bajo un precepto permisivo²⁴⁴.

²³⁸ . Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, I, cit., p. 379; Así, Fontán Balestra, C.; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, T. IV, cit., p. 439; Donna, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., p. 456; Nuñez partiendo de otra consideración dogmática, señala que sí resulta inexacto y perturbador de todo el sistema jurídico relativo a la injuria, concebir el *animus injuriandi* como un dolo específico o un *elemento subjetivo* del tipo, porque procediéndose así no sólo se altera la estructura de su tipo, sino que se confunden las causas de exclusión de éste con los casos que justifican la injuria; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, T. IV, cit., ps. 68-69; de esta forma se desplaza a sede de la antijuridicidad, a fin de acreditar la significación objetiva de la conducta.

²³⁹ . Serrano Gómez, A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 282.

²⁴⁰ . Soler, apunta que el *animus retorquendi*, (...) corresponde a la situación del que devuelve la injuria por haber sido provocado, procediendo por exaltación; *Derecho penal argentino*, T. III, cit., p. 257; De posición contraria Fontán Balestra; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, T. IV, cit., ps. 445-449.

²⁴¹ . Serrano Gómez, A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 282; Carmona Salgado, C.; *Delitos contra el honor*, cit., p. 479.

²⁴² . Así, Bustos Ramírez, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 167; Vid. Carmona Salgado, C.; *Delitos contra el honor*, cit., p. 479; Fontán Balestra, C.; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, T. IV, cit., p. 452.

²⁴³ . Así, Vives Antón, T.S., al señalar que pese al consentimiento, la lesión de la dignidad puede subsistir y, por lo tanto, en tal caso la conducta será típica, sin perjuicio de que se halle justificada; *Delitos contra el honor*, cit., p. 349.

²⁴⁴ . Así, Nuñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, T. IV, cit., p. 92; Cuello Calón, E.; *Derecho Penal (Parte Especial)*, T. II, cit., p. 698.

Las conductas que se glosan en el artículo 133° del CP, no hacen alusión, a una causa de justificación, sino como lo dice su mismo nomen iuris, son casuales de "atipicidad".

2.-LA CALUMNIA

a.-Generalidades

En el caso de la Calumnia, se trata de un injusto de mayor desvaloración antijurídica, pues es de verse que la atribución de haber cometido un delito, supone una mayor afectación al bien jurídico tutelado²⁴⁵ y, así lo ha estimado el legislador, al haber incidido en una penalidad más intensa en el caso del artículo 131° en relación al artículo 130°. En efecto, la integración del individuo en la sociedad, el normal desarrollo de sus relaciones con sus pares, evidenciará un mayor menoscabo, cuando se alza una imputación delictiva, y mas aún cuando dicha noticia es canaliza por una pluralidad de receptores. Seguimos así, una naturaleza normativa-funcional del honor.

De común idea con lo anotado en el caso de la Injuria, la afectación al bien jurídico tutelado esta supeditado a una conducta, que por su entidad difamante haya de propiciar un entorpecimiento o, mejor dicho obstaculización en el proceso de integración social del sujeto pasivo. Máxime, si la atribución de la comisión de un delito, al margen de su contenido verás o falso, provoca una estigmatización que muy difícilmente puede ser superado. Por eso, creemos que una debida tutela al honor, no sólo amerita la intervención del Derecho penal, sino de las otras parcelas del orden jurídico que pueden incidir en mayor medida en el marco indemnizatorio (derecho civil), o en el plano periodístico de la rectificación.

b.-Sujeto activo

Sujeto activo del delito de Calumnia, puede ser cualquier persona, quiere decir, la persona psico-física, que se encuentra en condiciones de realizar la conducta típica que se describe en el artículo 130°, por lo que de forma rayana negamos dicha cualidad en el caso de las personas jurídicas. En el caso de los inimputables, éstos no serán susceptibles de una pena sino se les impondrá una medida de seguridad; de todos modos que la calumnia provenga de una personas discapacitada psíquicamente podría dar lugar de entrada a una causal de atipicidad, en vista de no poder desplegar los efectos lesivos que exige el tipo penal en cuestión, así como en el caso de los niño; en el sentido, de que terceros no darán credibilidad a los dichos de estas personas, por ende, no se podría generar una conducta con aptitud de lesión. Cuestión distinta resulta si existe una persona que de atrás utiliza al inimputable, para que éste última atribuya la comisión de un delito a un tercero, en vista de el primero de los nombrados

²⁴⁵ . Así, Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. III, cit., ps. 292-293; Serrano Gómez, A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 274; Bustos Ramírez, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 172.

es quien tiene el dominio del hecho, habrá que admitir una autoría mediata²⁴⁶. Así también, quien firma una nota periodística que le cambian su contenido, atribuyendo la comisión de un delito a un funcionario público.

b.-Sujeto pasivo

Sujeto pasivo, en este caso, en principio puede ser cualquier persona, pero sólo la personas física²⁴⁷, cuando se trata de una persona jurídica, al constituir una creación abstracta de naturaleza normativa, no es factible hablar de honor, sino de prestigio o de reputación²⁴⁸, a menos que la atribución de la comisión de un hecho punible, de cierta forma haya de inferir una cierta determinación de las personas a quienes se dirige la imputación, por ejemplo, contra la administradores de la sociedades²⁴⁹; los reparos para poder concebir dicha condición jurídico-penal estriba en la incapacidad de las personas jurídicas para delinquir (*societas delinquere non potest*).

En cuanto a los inimputables, también podrían ser sujetos pasivos, pues ellos están en capacidad de cometer un injusto penal, el tema del reproche de imputación individual, es una cuestión aparte, que ha de incidir en la respuesta punitiva (medida de seguridad socio-educativa)²⁵⁰. No olvidemos que la conducta que se describe en el artículo 131º, se refiere a un injusto penal, no comprendiendo el factor personal de atribución delictiva²⁵¹. Quien presentaría la querella por Calumnia sería su representante legal. De la misma forma, debe protegerse a los adolescentes, y a los niños, dependiendo del caso concreto, pues a un menor de edad de diez años no cabría imputar un delito de fraude en la administración de personas jurídicas o de lavado de activos, en tanto, no estaba en posibilidad materialmente de haber cometido el delito, debiendo descartarse la tipicidad penal en estas hipótesis. En todo caso, tratándose de inimputables así como menores de edad, habrá que analizarse caso por caso, dependiendo de la naturaleza del injusto atribuido, a fin de determinar su posible facticidad²⁵².

En lo que respecta a los muertos, a los difuntos, como se sostuvo en el apartado anterior, en tanto ya no son personas que se desarrollan en un plano social, no poseen estrictamente honor, pues ésta es una cualidad inherente a dicha caracterización ontológica, mas si la memoria, resultando de aplicación el dispositivo legal previsto en el artículo 138º del CP. Los muertos no poseen personalidad, pues ya

²⁴⁶ . Vid.; Nuñez, R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, IV, cit., p. 123.

²⁴⁷ . Así, Nuñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, IV, cit., p. 129.

²⁴⁸ . Ver al respecto Carmona Salgado, C.; *Delitos contra el honor*, cit., p. 476; Vives Antón, T.S.; *Delitos contra el honor*, cit., p. 354.

²⁴⁹ . En este caso se habla de un caso de "calumnia encubierta", cuando en realidad se pretende atribuir el hecho delictivo a una persona que ejerce una función social en el marco de los órganos de representación de la sociedades

²⁵⁰ . Así, Nuñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, T. IV, cit., p. 130; Donna, E.A. *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., p. 439; Cuello Calón, E.; *Derecho Penal (Parte Especial)*, T. II, cit., ps. 682-683.

²⁵¹ . Así, Laurenzo Copello, P.; *Delitos contra el honor*, cit., p. 100.

²⁵² . A favor de su inclusión, Serrano Gómez, A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 276.

no son persona para el Derecho de modo que se puedan reconocer atributos personales²⁵³.

c.-Modalidad típica – presupuestos de imputación

De la modalidad delictiva del delito de Calumnia, se desprenden los siguientes elementos: a.-Se debe atribuir la comisión de un delito, sin que se haga esa atribución no hay calumnia²⁵⁴, imputar a alguien como responsable de la generación de un injusto penal, quiere decir esto, que debe tratarse de una acción u omisión típica y penalmente antijurídica, de un injusto que en definitiva no se agota en el plano forma de la tipicidad penal, sino que ha de completarse la valoración jurídico-penal, conforme a las diversas autorizaciones jurídico-públicas (preceptos permisivos), que se desprenden de todo el orden jurídico en su conjunto, en resumidas cuentas debe tratarse de un comportamiento cuya lesividad social entra en franca contradicción con el derecho positivo vigente; v.gr., no habrá Calumnia, si se atribuye a alguien haber lesionado a otro en legítima defensa, o de haber cometido una conducta abusiva en el ejercicio de sus funciones, habiendo actuado en base a la obediencia debida²⁵⁵, o habiendo actuado bajo una causa supresora legal de punibilidad, nos referimos a la Excusa absolutoria, que toma lugar cuando aparecen motivos de orden político-social, que se superponen a los efectos preventivos de la sanción punitiva, la conducta será atípica²⁵⁶.

b.-El delito que se atribuye puede tratar de la infracción de una norma prohibitiva o de una norma de mandato, de haber dado muerte a la víctima de propia mano o de que la muerte haya obedecido a la no realización de una conducta dirigida a estabilizar un foco de riesgo (omisión), cuando el sujeto era Garante; c.-No necesariamente el delito debe aparecer en su faceta perfecta (consumación), pues basta que la imputación delictiva se sujete a una forma de imperfecta ejecución (tentativa)²⁵⁷, v.gr., que se atribuya a B haber intentado matar a su persona, en el caso de los actos preparatorios, su atribución sólo ingresará al ámbito de lo punible, si es que los mismos se encuentran penalizados según un tipo penal en cuestión, por ejemplo de poseer maquinas que se utilizan para la falsificación de billetes y monedas o, tener un cultivo de plantas de amapola; c.-En lo que respecta a los factores de individualización delictiva, en cuanto a identificación de los grado de participación punible, no sólo habrá que admitir la autoría en las tres variantes que hace alusión el artículo 23º del CP (autoría inmediata, co-delincuencia y autoría mediata), debiéndose agregar a los partícipes²⁵⁸, sean éstos cómplices primarios o secundarios y, a aquellos que han provocado psicológicamente al autor en su decisión por el injusto, nos referimos al Instigador.

²⁵³ . Donna, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., p. 440; Así, Cuello Calón, E.; *Derecho Penal (Parte Especial)*, T. II, cit., ps. 683-684.

²⁵⁴ . Nuñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, IV, cit., p. 122; Donna, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., p. 447.

²⁵⁵ . En todo caso, si el informador hace omisión de la vía de exoneración de responsabilidad penal, en cuanto a la concurrencia de un precepto permisivo, de un estado de inexigibilidad, se debe dar por afirmado la comisión del injusto.

²⁵⁶ . Así, Ramos, J.P.; *Los delitos contra el Honor*, cit., p. 226; Villa Stein, J.; *Derecho Penal. Parte Especial*, I-B, cit., p. 43.

²⁵⁷ . Así, Nuñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, IV, cit., p. 122

²⁵⁸ . Así, Fontán Balestra, C.; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, T. IV, cit., p. 491; Donna, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., p. 447; Cuello Calón, E.; *Derecho Penal (Parte Especial)*, T. II, cit., p. 685.

d.-La esfera anímica del agente, no sólo trasunta en el dolo (directo y eventual), al extender la imputación subjetiva al obrar negligente del autor producto de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, concretizado en el resultado lesivo (imprudencia), así como la mixtura del dolo con la culpa que el legislador ha dado vida mediante la figura del delito preterintencional²⁵⁹; cuando el autor con su acción u omisión penalmente antijurídica ha provocado un resultado no querido o mejor dicho buscado, en su esfera cognitiva y volitiva, pero a la vez previsible, siendo que en las lesiones graves seguidas de muerte, se le debería imputar al autor una tentativa de lesiones dolosa con un homicidio culposo por el resultado, en base a un concurso ideal de delitos (Art. 48º del CP); e.-La atribución del hecho punible, no requiere que se traduzca en una cabal denominación del tipo penal en cuestión²⁶⁰, bastando que los hechos puedan ser reconducidos a un tipo penal concreto²⁶¹, pues cualquiera no ha de manejar los términos correctos desde un plano jurídico-penal, dejándose de lado aquellas imputaciones que por extravagantes no pueden ser cobijadas por ninguna figura delictiva²⁶²; f.-Debe dirigirse la imputación delictiva a un sujeto plenamente determinado²⁶³, sin necesidad de que se le haya nombrado con todos sus nombre y apellidos; g.-Debe tratar de un hecho punible que supuestamente ha cometido el sujeto pasivo, no de una prognosis delictiva, de que alguien vaya a cometer un delito de cara a futuro²⁶⁴, si el delito fue objeto ya de una sentencia condenatoria, y a partir de ahí se le denomina “delincuente”, será constitutiva de una injuria no de calumnia, pero si la narración del hecho toma lugar en un ámbito específico, por medio de la prensa, etc., no podemos hablar de tipicidad penal, sin que el análisis tenga que pasar por el filtro de la antijuridicidad; h.-La imputación puede realizarse de manera verbal, por escrito o por cualquier otro medio idóneo para transmitir esta idea de forma inequívoca, por ejemplo, a través de caricaturas.

i.-La imputación delictiva debe expresar un hecho cierto, no una suposición o conjetura²⁶⁵, ejemplo se dice que tal servidor público, podría estar incurso en un delito de cohecho; hecho que puede o no haberse exteriorizado en la realidad fáctica, incluso haber sido cometido por otra persona, pues como hemos sostenido basta que la imputación delictiva se dirija contra una persona, cuya concretización evidencia la lesión del bien jurídico, sin necesidad de que ésta sea falsa o verdadera.

j.-No enerva la antijuridicidad penal de la conducta, de que el delito que se imputa a otro a título de autor, haya prescrito, aunque éste lo diga, pues la afectación al honor, a la estimación social, consecuentemente su descrédito ante el colectivo de

²⁵⁹ . Así, Nuñez, R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, IV, cit., p. 124.

²⁶⁰ . Así, Bustos Ramírez, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 172; Carmona Salgado, C.; *Delitos contra el honor*, cit., p. 475; Nuñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, IV, cit., p. 128; Cuello Calón, E.; *Derecho Penal (Parte Especial)*, T. II, cit., p. 685.

²⁶¹ . Cuando a un efectivo policial se le acusa de haber sido sobornado, queda implícito el delito de Cohecho, así cuando a un magistrado se le atribuye haber resuelto en contra de lo que prevé la Ley (prevaricación).

²⁶² . Si la imputación delictiva desborda el plano de legalidad material, en cuanto se atribuya un hecho que no puede ser encuadrado en el ámbito de protección de la norma, cuando se realiza una interpretación analógica (in malam partem), tampoco podrá hablarse de un hecho que puede ser reputado como Calumnia, en cuanto criterio interpretativo proscrito según lo dispuesto en el artículo III del Título Preliminar del CP.

²⁶³ . Así, Laurenzo Copello, P.; *Los delitos contra el honor*, cit., p. 105; Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, I, cit., ps. 388-389; Nuñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, IV, cit., p. 127.

²⁶⁴ . Así, Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, I, cit., p. 391; Nuñez, R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, IV, cit., p. 122; Fontán Balestra, C.; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, T. IV, cit., p. 491.

²⁶⁵ . Así, Ramos, J.P.; *Los delitos contra el Honor*, cit., p. 227.

todos modos estaría latente de concretizarse; k.-Como ha de verse de la propia descripción típica del delito de Calumnia, no resulta factible que la imputación haya de versar sobre una falta²⁶⁶, pues se requiere que la atribución haga alusión a un hecho constitutivo de un injusto penal, pero en este caso, la conducta podrá ser desplazada al tipo penal de Injuria; l.-No habrá delito de Calumnia, si es que se atribuye la comisión de un hecho punible que ha sido despenalizado²⁶⁷, llamar “adultero” a una persona, no puede desencadenar un juicio positivo de tipicidad penal, a lo más un acto que puede ser reputado como injuria, así como “prostituta”, que tampoco trata de un hecho punible, mas si “proxeneta”, calificación que debe ir seguida de un hecho cierto y determinado, sino habrá que negar la tipicidad penal²⁶⁸, según lo dispuesto en los artículos 179° y 181° del CP, debiendo añadir a la persona del “rufián”, caracterización criminológica que se contempla en el artículo 180° (in fine); así como tampoco se cobija en el marco de la tipicidad penal, cuando se le llama “estafador”, “ladrón”, “homicida”, etc.²⁶⁹, dejando a salvo la imputación delictiva a título de injuria.

d.-Su delimitación normativa con el tipo penal de Denuncia Calumniosa

Concurre un ámbito de intersección muy cercano entre los delitos de Calumnia y de Denuncia Calumniosa, este último previsto en el artículo 402° del CP, dando lugar a un conflicto aparente de normas penales, que ha de resolverse mediante el principio especialidad²⁷⁰ o consunción. Es de verse conforme a un estudio comparativo, que el delito de Calumnia, es un injusto de naturaleza personal, pues su realización típica únicamente afecta la participación comunitaria del sujeto pasivo, de acuerdo a baremos de integración social, mientras que el injusto de Denuncia Calumniosa, no sólo menoscaba dicha visión comunitaria del honor, sino también la correcta Administración de Justicia²⁷¹ y, la reserva procesal penal, en cuanto sólo hechos con apariencia vehemente de criminalidad pueden ser objeto de persecución penal, por ello se dice que se trataría de un delito pluriofensivo, de hay que sea sancionado con mayor severidad. En palabras de Soler, en cuanto al delito de Denuncia Calumniosa, es indudable que en él concurren dos intereses públicos lesionados dignos de ser objeto de tutela jurídica: el interés en que la administración de justicia no sea perturbada por esas acusaciones, poniéndose maliciosamente causas para determinar posibles pronunciamientos injustos, y el interés en tutelar el honor de los individuos y de que él no sea vulnerado ilícitamente en ningún caso²⁷².

A lo dicho debo añadir, que para que se configure la incriminación de la Denuncia calumniosa, el hecho punible que se denuncia debe ser objeto de

²⁶⁶ . Así, Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, I, cit., p. 390; Ramos, J.P.; *Los delitos contra el Honor*, cit., p. 225; Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. III, cit., p. 302; Serrano Gómez, A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 274; Bustos Ramírez, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 171; Carmona Salgado, C.; *Delitos contra el honor*, cit., p. 475; Vives Antón, T.S.; *Delitos contra el honor*, cit., p. 348; Nuñez, R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, IV, cit., p. 124; Fontán Balestra, C.; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, T. IV, cit., p. 490; Gómez, E.; *Tratado de Derecho Penal*, T. II, cit., p. 317; Cuello Calón, E.; *Derecho Penal (Parte Especial)*, T. II, cit., p. 685; Villa Stein, J.; *Derecho Penal. Parte Especial*, I-B, cit., p. 43.

²⁶⁷ . En el CP de 1924, el adulterio era constitutivo de un delito.

²⁶⁸ . Así, Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. III, cit., p. 304.

²⁶⁹ . Así, Nuñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, IV, cit., p. 126.

²⁷⁰ . Así, Serrano Gómez, A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 274.

²⁷¹ . Así, Cuello Calón, E.; *Derecho Penal (Parte Especial)*, T. II, cit., p. 687.

²⁷² . Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. III, cit., p. 297; Así, Bustos Ramírez, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 171.

conocimiento por parte de las autoridades estatales encargadas constitucionalmente de investigar y perseguir el delito, esto es, el Ministerio Público o ante la Policía Nacional según el modelo procesal penal vigente²⁷³, pues de acuerdo al nuevo CPP, las denuncias deben ser objeto de conocimiento obligado del representante del MP. En cambio, la calumnia ha de realizarse con la atribución directa de la comisión de un hecho punible, de forma directa o indirecta.

Se dará entre ambas figuras delictivas, un conflicto aparente de normas penales, que ha de resolverse mediante el principio de consunción, pues el tipo penal previsto en el artículo 402º, consume al de Calumnia, agregando un mayor disvalor: denunciando el hecho ante las autoridades estatales predispuestas o, aplicando el principio de especialidad, en el sentido de que la calumnia está íntegramente contenida en el delito de denuncia mendaz, derivándose la “especialidad” del agregado que ha de revelarse con el destinatario de la imputación delictiva²⁷⁴.

e.-Consumación y tentativa

En lo que respecta a sus formas de imperfecta ejecución, habrá que seguir lo dicho en el caso de la injuria, tratándose de un delito de lesión, no bastando, entonces, que se profiera la expresión calumniantes, sino que ha de llegar a un destinatario, ora al sujeto pasivo, ora a otra persona (s)²⁷⁵. Siendo una nota periodística, que por razones varias no fuera publicado, podría tratarse de una tentativa, así como la carta que se extravía en el camino, y nunca fue abierta.

f.-Tipo subjetivo del Injusto

El tipo subjetivo del injusto, al igual que en el caso de la Injuria, trae a debate dos aspectos puntuales, primero, si es que el dolo ha de abarcar la falsedad de la imputación delictiva y, si ha de exigirse la concurrencia de un ánimo especial intensificado aparte del dolo. En lo que respecta al primer punto, el dolo sólo ha de abarcar el conocimiento de que esta atribuyendo un hecho delictivo²⁷⁶, que resulta lesivo al honor de una persona, al margen de su veracidad²⁷⁷, es decir, de su correspondencia con la realidad, como sostuvimos la afectación al bien jurídico tutelado, podrá darse tanto cuando se imputa falsamente la comisión de un delito, cuando en realidad éste se ha cometido, pues la vida comunitaria del sujeto, se ve de igual forma perjudicada, no se puede admitir que las personas imputen alegremente la comisión de delitos, sólo ante ciertas circunstancias y por ciertas personas.

²⁷³ . Como elemento subjetivo de dicho delito, debe tratarse a mi consideración de un dolo directo, pues a menor duda de la falsedad de la imputación, se debe declinar por la tipicidad de la conducta, pues de no ser así se estaría mermando en la posibilidad de que los ciudadanos denuncien aquellos comportamientos que revelan apariencia delictiva; en cambio para Serrano Gómez, es suficiente el dolo eventual; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 276.

²⁷⁴ . Así, Peña Cabrera Freyre, A.R.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 661.

²⁷⁵ . Así, Serrano Gómez, A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 276; Nuñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, IV, cit., p. 140; Donna, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., p. 451.

²⁷⁶ . Para Peña Cabrera, la falsedad, se presenta como un elemento constitutivo del tipo penal; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, I, cit., p. 390

²⁷⁷ . Así, Merlo, E.M.; *Delitos contra el Honor*, cit., p. 36.

Los que siguen la posición de incluir la falsedad en el tipo objetivo de la Calumnia²⁷⁸²⁷⁹, habrán de concebir que ante la ignorancia sobre la falsedad del hecho punible imputado, tendría que admitirse un error de tipo, por lo tanto, un cúmulo de conductas –de por sí lesivas-, caerían en un manto de impunidad, insatisfactorio desde un punto de vista político criminal, provocando una merma significativa en la tutela del honor y, por otro, dogmáticamente incorrecto²⁸⁰, a pesar de lo lógico que puede resultar para unos, la postura anotada.

En la doctrina nacional, Salinas Sicchia, apunta que otra circunstancia trascendente que debe quedar establecido, lo constituye la situación concreta que el delito imputado o atribuido al sujeto pasivo debe ser falso; caso contrario, de verificarse que la imputación de un delito, es verdadero, el delito de calumnia no se configura²⁸¹; por tanto, la falsedad debe ser un elemento de la tipicidad objetiva que debe ser abarcado por el dolo²⁸². Lo que no comprendemos como este mismo autor, en el marco del bien jurídico, haya asumido que la idoneidad objetiva de los delitos contra el honor, en cuanto a la subsunción típica, resulta irrelevante, el carácter verdadero o falso de los hechos atribuidos. Si hubiese hecho una distinción entre la injuria y la calumnia, podría salvarse dicha objeción, por tanto, su concepción del bien jurídico no se corresponde con las conclusiones dogmáticas a las que arriba en la descripción típica del delito de calumnia.

Villa Stein, señala primero que se exige el dolo, y en este caso el dolo como animus de deshonrar, como entendimiento y voluntad de agraviar²⁸³. Seguidamente expone que predomina entonces, un móvil agravante antes que esclarecedor de una ocurrencia criminal por lo que faltando el elemento subjetivo especial del tipo “a sabiendas” a que hemos hecho referencia no se exige que el calumniador conozca de su falsedad²⁸⁴. Se desprende, primero que para este autor, no es suficiente con el dolo, pues añade la presencia de un “ánimo de deshonrar” y, segundo que la tipicidad subjetiva no esta condicionada a la veracidad de la falsedad de la imputación. Se confunden dos plano que dan la misma resolución, del dolo y del mencionado “ánimus” y, en lo que respecta, al conocimiento de la falsedad no sabemos a ciencia cierta si es que para dicho autor, el conflicto de intereses jurídicos, debemos remitirlo a sede de antijuridicidad, lo que no parece ser así, puesto que al haber aceptado la concurrencia de los ánimos anulatorios, al advertir el animus difamandi, ello ya no será posible, desde el plano de valores constitucionalmente reconocidos.

Por otro lado, quienes sostienen que la falsedad es un elemento objetivo de tipicidad, deben concluir que el *exceptio veritatis*, es una causal de atipicidad²⁸⁵, lo cual conduce a un equívoco, pues como se verá más adelante, se trata en realidad de una

²⁷⁸ . Ver al respecto, Lorenzo Copello, P.; *Los delitos contra el honor*, cit., ps. 105-107; Mero, M.E.; *Delitos contra el Honor*, cit., ps. 33-34; Cuello Calón, E.; *Derecho Penal (Parte Especial)*, T. II, cit., p. 686.

²⁷⁹ . Así, Bustos Ramírez, J, en referencia al CP español derogado; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 172; O´callaghan, X.; *Libertad de expresión y sus límites:...*, cit., p. 218; Carmona Salgado, C.; *Delitos contra el honor*, cit., p. 475; Nuñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, IV, cit., p. 135; Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. III, cit., p. 261; Fontán Balestra, C.; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, T. IV, cit., p. 492; Donna, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., p. 451; Gómez, E.; *Tratado de Derecho Penal*, T. II, cit., p. 330.

²⁸⁰ . Propiciando también un decaimiento de los efectos preventivo-generales de la norma de sanción.

²⁸¹ . Salinas Sicchia, R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 286.

²⁸² . Así, Roy Freyre, L.E.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., p. 439.

²⁸³ . Villa Stein, J.; *Derecho Penal. Parte Especial*, I-B, cit., p. 43.

²⁸⁴ . Villa Stein, J.; *Derecho Penal. Parte Especial*, I-B, cit., p. 43.

²⁸⁵ . Así, Donna, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., p. 452; Cuello Calón, E.; *Derecho Penal (Parte Especial)*, T. II, cit., p. 688.

excusa absolutoria. La prueba de la verdad de la imputación debe hacerse en el juicio de calumnia²⁸⁶; (...) pero si la imputación da lugar a un proceso, se paraliza momentáneamente el primer juicio hasta que exista resolución en el otro.

La creencia equívoca sobre la veracidad del hecho que se imputa, importa una cognición subjetiva que ha de ser cotejada en sede de la antijuridicidad, a través una serie de elementos que han de incidir en una conducta diligente del autor, de haber contrastado y comprobado la fuente de información, para llegar al estado de inferencia que lo determinó a divulgar el hecho en si falso, cuya exención de pena, sólo ha de basarse en la utilización de un precepto autoritativo (ejercicio legítimo de un derecho: derecho de información), negando por ello la admisión de la vía de los ánimos, por ilegal e inconstitucional. Por lo que se dice que lo que se valora es la actitud del autor frente a la verdad, de haber sido diligente en buscar por todos los medios posibles la veracidad de la información, en dicho orden de ideas, si a pesar de haber agotado todos los esfuerzos necesarios no pudo alcanzar dicha verdad, el hecho será un acto típico de Calumnia, pero justificado en virtud del ejercicio legítimo de un derecho, lo quede cierta forma inclina la balanza con respecto al derecho de información, sacrificio legítimo en un orden democrático de derecho, cuestión distinta se advierte cuando el autor, cree rayanamente la verdad de la imputación sin haber realizado medios de comprobación alguna, no actuando diligentemente, no puede ser beneficiado con la exención de penal, a pesar de que a posteriori se acredita la veracidad de la información propalada, pues es de verse que ha actuado con “temerario desprecio hacia la verdad”, al margen de poder activar la exceptio veritatis; así también en el caso del autor que cree férreamente que los hechos son falsos, pero como dice Serrano Gómez, si se ha preocupado por la búsqueda de la verdad no podrá ser condenado precisamente porque no ha actuado con “temerario desprecio hacia la verdad” (...) ²⁸⁷.

Pero, la impunidad de ninguna manera la podemos supeditar a la “veracidad objetiva” de la información, de ser así vaciaríamos de contenido material a un interés jurídico tan importante como el honor de las personas, permitiendo, mejor dicho promoviendo que las personas deslicen de forma ligera imputaciones delictivas, lo cual resulta inconsistente según el plano de valores constitucionalmente consagrados.

No se explica a ciencia cierta porque ha de ser reprimible aquella conducta de quien sabía desde un principio que la imputación delictiva era falsa y así se demuestra, y por otro impune de quien actuó con la misma presunción subjetiva de falsedad, pero que por obra del destino, se verifica la veracidad de la imputación. Lo que se juzga no es lo que crea el autor acerca de las imputaciones, sino su actitud frente a la verdad²⁸⁸, se habla por tanto de una “veracidad subjetiva”, en el sentido de que el autor da como cierta la imputación delictiva, cuya contrastación conforme a los criterios de verificación conforme a una diligencia debida deben ser valorados en sede de la antijuridicidad.

Como apunta Muñoz Lorente, lo que a la ley le importa es “la actitud del sujeto” respecto de esa verdad (veracidad) o falsedad, y esto último es un elemento subjetivo distinto del dolo genérico, que no puede estar refiriéndose consecuentemente a la falsedad, por cuanto el dolo requiere conocimiento y volición de los elementos del tipo; si la falsedad de la imputación no lo es, difícilmente este elemento subjetivo de la figura puede confundirse con el dolo del tipo²⁸⁹.

²⁸⁶ . Nuñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, IV, cit., p. 136.

²⁸⁷ . Serrano Gómez, A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 277-278.

²⁸⁸ . Serrano Gómez, A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 278.

²⁸⁹ . Muñoz Lorente, J.; *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, cit., p. 435.

En definitiva, desde una perspectiva de análisis de la *lege lata*, no es jurídicamente factible, aceptar la concurrencia de un elemento específico del tipo subjetivo del injusto ajeno al dolo, nos referimos a un *animus difamandi*²⁹⁰²⁹¹, que de ningún modo tiene cabida, desde una interpretación teleológica del tipo penal de calumnia, tomando en cuenta la descripción legal de la figura delictiva in examine así como la naturaleza constitucional del conflicto que se genera entre el derecho al honor y el derecho a la información, que ha de resolverse en sede de antijuridicidad, en cuanto al ejercicio legítimo de un derecho, de comunicar una noticia relevante, de trascendencia para la formación de una opinión pública verás y objetiva, por lo que la actitud del autor frente a la veracidad de la información es lo que ingresa a la valoración jurídico-penal, no la veracidad desde un plano estrictamente "objetivo", de ser así, tendríamos que exculpar de plano aquellos comportamientos que de principio se alzaron sin ningún fundamento consistente, con el único afán deliberado de menoscabar el prestigio social del ofendido y, por gajes del destino, resultó que la imputación delictiva era verdadera, sin haber hecho lo posible por cotejar debidamente la información. Suficiente como escribe Carmona Salgado, el conocimiento del agente del carácter lesivo de la conducta ejecutada, así como la asunción de las consecuencias dañosas que para ese bien jurídico pueden derivarse de la misma²⁹².

²⁹⁰ . Así, Vives Antón, T.S.; *Delitos contra el honor*, cit., p. 348.

²⁹¹ . En el Dictamen N° 823-2003-2° FSP-MP-FN, emitido en el Exp. N° 02-087-100710JX1P, por la Segunda Fiscalía Suprema en lo Penal, se sostiene lo siguiente: "*Ahora bien, el delito de calumnia se materializa cuando el agente atribuye falsamente a otro un delito que verdaderamente no cometió, para lo cual se exige el elemento subjetivo que es el ánimo de injuriar o deshonrar al sujeto pasivo y el delito de difamaciones materializa cuando el agente atribuye a otra persona un hecho, suceso, cualidad, conducta, modo de proceder difundiendo la noticia de tal manera que perjudica su honor o reputación, así mismo, el delito de difamación requiere el elemento subjetivo "animus difamando" es decir el dolo, el ánimo específico de dañar, lesionar o agraviar el honor del sujeto pasivo, circunstancia que no se presenta, toda vez que el querellado en su condición de ser ciudadano de la provincia de Usquil y haciendo uso de su derecho a la libre información, opinión y expresión amparado en la constitución (...)*".

²⁹² . Carmona Salgado, C.; *Delitos contra el honor*, cit., p. 478.

3.-LA EXCEPTIO VERITATIS

1.-Aspectos preliminares

En el marco de los injustos que atentan contra el Honor, en su análisis dogmático y encuadre político criminal, particular relevancia adquiere la figura de la "Excepción de la verdad", no tanto por el estudio de su naturaleza jurídica, sino en cuanto su verdadera utilidad, cuando la "búsqueda" de la verdad se antepone al derecho al honor de algunas personas. Utilidad decimos, puesto que en la práctica la incidencia de este articulado es mínima, cuando haya de renunciarse a una pena, por óbice de la exceptio veritatis; de todos modos, su estudio es importante, de acuerdo a los cometidos de la presente investigación y, para adecuar esta institución según la fórmula que proponemos, en el marco de un conflicto de bienes jurídicos: el honor y el derecho a la Información.

Ahora bien, la Exceptio veritatis, parece ser una institución de rancia abolengo; (...) tanto en el Derecho romano como en el germánico y el hispánico²⁹³, donde las aspiraciones comunitarias de conocer la forma de cómo se desarrollan las actividades públicas, se superpone al derecho al honor de los funcionarios y servidores públicos, cuando aparece la sospecha de haber cometido un delito. Empero, vayamos a ver si una institución de esta naturaleza se condice con los fundamentos jurídico-constitucionales que guían toda la política jurídica del Estado, concretamente la política criminal, de que un hecho constitutivo de calumnia o injuria, pueda verse exonerado de una sanción punitiva, cuando el autor de la misma prueba la "veracidad" de la imputación delictiva. Nos preguntamos al respecto lo siguiente: ¿Es qué acaso en un Estado de Derecho, no existen ciertos instrumentos legales, por los cuales ha de investigarse y perseguirse la presunta comisión de un delito, sea común o de naturaleza especial "propia"? Según las reglas de un orden democrático de derecho, los canales mediante los cuales se pone en conocimiento la noticia criminal, se denomina "denuncia", por tanto quien posee indicios de que una persona ha cometido un delito, debe incoar la denuncia respectiva ante las autoridades estatales predispuestas.

El ciudadano tiene el deber de denunciar los hechos punibles que conozca, no tiene el derecho de divulgarlos por otros mecanismos; en el caso de los hombres de prensa sucede una cuestión distinta como veremos más adelante. Máxime, somos de la postura –de acuerdo a lo sostenido en párrafos anteriores–, que la falsedad en el caso de la Calumnia así como la verdad de las expresiones injuriosas, no forman parte del

²⁹³ . Fontán Balestra, C.; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, T. IV, cit., p. 457.

tipo objetivo del injusto, por lo que la atribución de un hecho delictivo a una persona – sea o no funcionario-, es ya de por sí típica, de acuerdo al contenido que le hemos asignado al bien jurídico tutelado. En efecto, los hechos deshonrosos que el autor resuelve imputar generalmente inciden no solamente en la integridad ético social del agraviado, sino también en la esfera de la intimidad de la persona, más aún cuando las afirmaciones enrostradas resultan falsas²⁹⁴, pero como señalamos, el hecho de que se acredite la veracidad de la imputación no incide en su carácter atípico.

Entonces, quienes saben que se ha cometido un delito y, más aún tienen medios de prueba que puede acreditarlo, deben hacer uso de los mecanismos legales que el ordenamiento jurídico les reconoce. Sin embargo, determinadas actuaciones públicas, determinan que el hecho –en sí típico- no sea penalmente antijurídico, cuando la imputación delictiva se manifiesta en el ámbito funcional del representante del Ministerio Público, pues éste como titular del ejercicio de la acción penal pública, está en la obligación de denunciar el hecho²⁹⁵ –presuntamente delictivo-, ante el órgano jurisdiccional competente, de conformidad con los principios de legalidad procesal, de oficialidad y de obligatoriedad²⁹⁶. Así también debe relevarse que los llamados testigos, que comparecen ante la Justicia Penal, tiene la obligación de referirse a los hechos delictivos que se le imputan al procesado, pues sobre él recae el deber de veracidad, sino cumplen con dicho deber, son pasibles de ser denunciados por el delito de Falso Juramento.

La vigencia de la excepción de la verdad en el derecho positivo, puede contravenir un principio constitucional de relevancia inobjetable: la presunción de inocencia, nadie puede ser considerado culpable de la comisión de un injusto, si previamente no se ha enervado y/o destruido el principio de presunción de inocencia con medios de cargo que se hayan actuado en el Juzgamiento bajo las reglas de la oralidad, bilateralidad, contradicción, defensa, publicidad e inmediación. Cuestión distinta, es que la atribución delictiva, se aquilate mediante el término “se presume”, como se señalo en el caso de la Calumnia, debe tratarse de una imputación delictiva directa, sobre su real comisión. No interesa, dice Peña Cabrera, que haya asistido buena fe para imputar el hecho ilícito, pues nadie tiene amplias facultades para hacer de conocimiento público hechos que lesionan el honor y la intimidad, salvo que la persona denunciante se encuentre bajo juramento²⁹⁷.

En resumidas cuentas, la Exceptio veritatis, coloca al honor de las personas en una posición alicaída, promoviendo la imputación de hechos delictivos por parte de los ciudadanos, al margen de los procedimientos que el orden jurídico dispone, lo cual es incompatible con un orden que pretende proteger decididamente los derechos fundamentales, en este caso el honor. Por otro lado, decaen fuertemente los efectos preventivos-generales de la norma de sanción, al no incidir en el plano de abstención de estimulación de la conducta anti-normativa, es decir, los efectos disuasorios quedarían debilitados. El hecho de que a posteriori se pruebe la veracidad de la

²⁹⁴ . Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, I, cit., p. 399.

²⁹⁵ . Cuando a pesar de ello, el persecutor público, no cumple con su deber y omite denunciar el hecho, puede incurrir en el delito de Omisión de denuncia, conforme es de verse en el artículo 407° del CP.

²⁹⁶ . En este caso, la incolumidad en que puede verse afectado el honor, se deja de lado por los intereses públicos que sostiene materialmente la persecución penal, los bienes jurídicos que se ven afectados o puestos en peligro por mérito de la conducta criminal, son de naturaleza social, por cuanto su nivel de valor constitucional, la ofensa de dichos intereses jurídicos no sólo ha de incidir en la esfera individual del ofendido, sino que se extiende a un nivel comunitario. Tanto el Derecho penal como el Derecho procesal penal son públicos, por lo que su realización y concretización se ajusta a una aspiración pública.

²⁹⁷ . Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, I, cit., ps. 399-400.

imputación, no revierte la lesión de la que fue objeto el honor del sujeto pasivo, por tanto la excepción de la verdad, no puede ser, de ninguna manera, reputada como una causal de atipicidad.

Quienes abogan por su vigencia restrictiva, como Ramos, señalan que admitir la excepción de la verdad en todos los casos, sería llevar las investigaciones de la justicia para satisfacer un simple deseo o pasión individual, a extremos en que la sociedad no sólo no tendría interés alguno, sino que invadiría los dominios de la moral y de la libertad de conducta del individuo en todo lo que no ofende ni pone en peligro el derecho ajeno. Negar en absoluto la excepción, (...), es ir más allá de lo que reclaman el interés público o aun el interés particular del ofendido²⁹⁸. En opinión de Nuñez, admitir la excepción de la verdad en todos los casos de injuria, sería llevar las investigaciones de la justicia, para satisfacer un simple deseo o pasión individual, a extremos en que la sociedad no sólo no tendría interés alguno, sino que invadiría los dominios de la moral y de la libertad de conducta del individuo en todo lo que no ofende ni pone en peligro el derecho ajeno; pero, al mismo tiempo, negar en absoluto la excepción, significaría, a veces, no atender los reclamos del interés público o no satisfacer un legítimo interés particular del ofendido, cuya satisfacción no repugna el interés público²⁹⁹.

Eusebio Gómez, desde una teoría intermedia –que dista mucho de ser ecléctica–, señala que la prueba de la verdad sólo debe admitirse en casos excepcionales, entre los que ha de anotarse, en primer término, aquel en que la imputación haya respondido al móvil de la defensa de un interés público³⁰⁰.

2.-La exceptio veritatis en la legislación nacional

Pasando a otro punto del análisis, habiendo hecho alusión a su finalidad y efectos, debemos describir la naturaleza jurídica exceptio veritatis, para ello debemos pasar revista a sus elementos descriptivos que se desprenden del artículo 134° del CP, siendo que en el primer párrafo se dice que el autor del delito previsto en el artículo 132°, puede probar la veracidad de las imputaciones, sólo en los casos siguientes:

a.-Cuando la persona ofendida es un funcionario público, y los hechos, cualidades o conductas que se le hubieran atribuido se refieren al ejercicio de sus funciones.

b.-Cuando por los hechos imputados está aún abierto un proceso penal contra la persona ofendida³⁰¹.

c.-Cuando es evidente que el autor del delito ha actuado en interés de una causa pública o defensa propia.

d.-Cuando el querellante pide formalmente que el proceso siga hasta establecer la verdad o falsedad de los hechos o de la cualidad que se le haya atribuido³⁰².

²⁹⁸ . Ramos, J.P.; *Los delitos contra el Honor*, cit., p. 410.

²⁹⁹ . Nuñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, IV, cit., p. 98.

³⁰⁰ . Gómez, E.; *Tratado de Derecho Penal*, T. II, cit., p. 388.

³⁰¹ . Nuñez, comentando el inc. 2) del artículo 111 del CP argentino de la época, señala que la imputación no resguarda en este caso un interés superior al del honor del ofendido por ella y cuya salvaguarda autorice a probar el hecho deshonrante aun en perjuicio del agraviado; ni la existencia del proceso por el hecho imputado la autoriza, pues las imputaciones injuriosas cuya verdad se prueba en un proceso continúan siendo típicamente ofensivas para el honor ajeno con arreglo al artículo 110 y el Derecho no faculta a nadie para hacerlas; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, T. IV, cit., p. 107.

De la normatividad citada, se colige lo siguiente: primero, que ha de tratarse de los hechos de tipicidad penal que se regulan en el artículo 132° del CP, refiere al delito de Difamación. Dicha figura delictiva, en realidad subsume o consume en sus elementos constitutivos del tipo penal, a los supuestos delictivos de Injuria y Calumnia, importa una figura agravada por los alcances de la conducta antijurídica, por la mayor gravedad del dolo del resultado, pues como se contra el primer párrafo del articulado, la difamación se configura cuando la noticia difundida (expresión de menosprecio o la atribución de imputación delictiva), se difunde ante una pluralidad de personas³⁰³. Carrara definía a la difamación como la imputación de un hecho criminoso o inmoral, dirigida dolosamente contra un ausente y comunicada a varias personas separadas o reunidas. Para Eusebio Gómez, la difamación consiste (...), en la ofensa a la reputación ajena que se comete comunicándose con varias personas y fuera de la presencia del ofendido³⁰⁴.

Mayor contenido del injusto típico que se alcanza en la difamación, con la utilización de los medios de comunicación social, pues es evidente que dichas vías de comunicación permite con facilidad que la noticia se propale a un mayor número de receptores. La difamación, importa una mayor reprobación jurídico-social, por cuanto la lesividad del bien jurídico adquiere una mayor intensidad³⁰⁵, lo que se refleja en el menoscabo de la reputación social del sujeto pasivo, en la perturbación de los procesos de integración social. Cuestión que es valorado por el legislador, descargando una reacción punitiva más intensa, que en definitiva es necesaria, pues la realidad nos muestra como los medios de comunicación –en sus diversas manifestaciones-, exteriorizan sistemáticas campañas de difamación, so pretexto de ampararse en la libertad de expresión y el derecho de información, por lo que se hace necesaria una mayor injerencia de los efectos preventivos generales de la pena, máxime cuando aún no se advierte parámetros precisos en lo que el ejercicio de la libertad de información se refiere, en los demás ámbitos del ordenamiento jurídico, v.gr., civil y administrativo.

Como señala Peña Cabrera la naturaleza del medio empleado justifica la mayor escala penal que contiene esta figura, en relación a la injuria, ya que el ofendido se encuentra imposibilitado materialmente para responder en forma eficaz a la noticia infamante (en el caso de que la ofensa sea hecha a través de la prensa, por ejemplo) y, además, porque en este delito el honor del ofendido ha sido lesionado delante de un indeterminado grupo de personas, comprometiéndose seriamente su reputación al haberse suscitado la posibilidad de que el agravio sea públicamente difundido³⁰⁶.

Al igual que el caso de la injuria y la calumnia, basta que el elemento subjetivo del injusto venga conformado por el dolo del agente, de saber que la difusión de la noticia, mediando atribución de hechos (delictivos) o de calificativos ofensivos, canalizados por los medios de comunicación social, resultan perjudiciales para la posición social del ofendido, en cuanto a sus relaciones con los demás. Sin embargo, en la ejecutoria siguiente, recaída en el RN N° 718-La Libertad emitida por la Sala Penal Permanente, se pone de relieve en el Considerando Segundo, lo siguiente: "*Que para la configuración del delito de difamación por medio de la prensa se requiere necesariamente del elemento subjetivo dolo, esto es, que el agente actúe con la intención de lesionar el honor del tercero mediante la difusión de un hecho, cualidad o conducta con el propósito de perjudicar su honor o reputación, conducta que se ve*

³⁰² . Como apunta Donna, es una norma que permite al ofendido inocente demostrar el honor real en el juicio; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., p. 461

³⁰³ . Así, Villa Stein, J.; *Derecho Penal. Parte Especial*, I-B, cit., p. 46.

³⁰⁴ . Gómez, E.; *Tratado de Derecho Penal*, T. II, cit., p. 284.

³⁰⁵ . Así, Villa Stein, J.; *Derecho Penal. Parte Especial*, I-B, cit., p. 47.

³⁰⁶ . Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 397.

agravada si es que la difusión de la noticia se realiza por medio del libro, prensa u otro medio de comunicación social; que, en el caso de autos no se presente dicho presupuesto pues la valoración conjunta de los medios de prueba actuados en el proceso, en especial la nota periodística que aparece a fojas doce -(...)-, se concluye que la intención del imputado no fue lesionar el honor de la agraviada, pues conforme lo ha sostenido su propósito fue de denunciar los "continuos abusos" que la querellante cometía en su perjuicio, no advirtiéndose, por lo demás, expresiones o frases ofensivas en la nota periodística que permitan inferir un animus difamandi".

Renglón seguido se describen una serie de hipótesis, para que de lugar la exceptio veritatis, en suma, se refieren a la atribución de un hecho delictivo a un funcionario público, de la comisión de una contravención administrativa o una cualidad o conducta vinculada al ejercicio de sus funciones; v.gr, a nuestro modo de ver las cosas, puede exteriorizarse con la atribución de un delito de función (peculado, malversación de fondos, abuso de autoridad, et.), con un hecho delictivo común cometido en prevalimiento de la actuación pública (coacciones, violación sexual, secuestro, robo, etc.), en la designación de una determinada cualidad negativa de la persona del funcionario público (coimero, ratero, vago, confabulador, etc.³⁰⁷); *per se* no pueden tratarse de hechos o cualidades que se circunscriban a la vida privada del funcionario, pues dichas datos no tiene nada que ver con la función pública, no tienen trascendencia y/o relevancia política o social, al menos que se hayan puesto de manifiesto en el ejercicio de la función (homosexual, lesbiana, etc.), no olvidemos, que la revelación de dichas circunstancias puede dar lugar a una vulneración de la intimidad.

Por consiguiente, la excepción de la verdad tiene operatividad en el caso de la Calumnia y de la injuria³⁰⁸ que se expresa con cualidades negativas y de menosprecio del sujeto pasivo, que debe ser necesariamente un funcionario público, bajo la salvedad de que sea el mismo ofendido que solicite en el proceso de querrela –por delito contra el honor-, que se siga hasta establecer la verdad o falsedad de los hechos

³⁰⁷ . Mas no podrán ser objeto de la prueba de la verdad, calificativos de menosprecio, de ofensa, que de entrada resulten insultantes, no pueden ser objeto de la exceptio veritatis.

³⁰⁸ . En principios las codificaciones penales han negado la admisión de la prueba de la verdad en el caso de la injuria, pues en realidad no hay posibilidad fáctica de probar la verdad de un juicio de valor, que por su subjetividad requiere de apreciaciones llevadas a la valoración personal; Como dice Eusebio Gómez, no hay razón alguna que aconseje su admisión, porque ningún interés público existe en conocer vicios, defectos o desviaciones de conducta, ni a nadie le está permitido enrostrar al semejante las fallas morales de que pueda adolecer; *Tratado de Derecho Penal*, T. II, cit., p. 387; Asimismo, ha de verse en el artículo 135° del CP, una cláusula de proscripción en cuanto a la admisibilidad de la exceptio veritatis, taxativamente en dos supuestos: 1.-Sobre imputación de cualquier hecho punible que hubiese sido materia de absolución definitiva en el Perú o en el extranjero y, 2.-Sobre cualquier imputación que se refiera a la intimidad personal o familiar, o a un delito de violación de la libertad sexual que requiere acción privada. Si ya estamos hablando de una causa sobre la cual ya recayó una sentencia absolutoria, quiere decir que el ofendido ha sido declarado absuelto de forma definitiva, por parte de un órgano jurisdiccional o foráneo, no cabe ninguna prueba de la verdad, se demuestra que el autor actuó desde un principio con una falsedad objetiva sobre los hechos que atribuyo al sujeto pasivo, que de plano no podría ser analizado en sede de antijuridicidad –vía una causa de justificación-. En el segundo caso, trata de imputaciones que se circunscriben al ámbito de la privacy, aquella parcela del individuo que no puede ser objeto de intromisión alguna y, que en principio negamos posibilidad de que sean incluidos en cuanto a la aplicación de la exceptio veritatis.

o de la cualidad o conducta que se le haya atribuido³⁰⁹, lo cual en realidad, dependerá de los medios de prueba con se cuente así como de la propia conducta procesal del querellado, que según las reglas de un debido proceso acusatorio, no tiene la obligación de ofrecer prueba en su contra, no tiene el deber de auto-incriminarse.

3.-Naturaleza jurídica de la Exceptio Veritatis

Habiendo delimitado la incidencia normativa de la exceptio veritatis, es momento de fijar su naturaleza jurídica. Primer plano de valoración es la tipicidad penal, cuya determinación ha de verse conforme a los criterios que se compaginan en la teoría de la imputación objetiva. Quedando establecido que los parámetros para descifrar la relevancia jurídico-penal de la conducta, se fijan conforme a la realización de un riesgo no permitido y del ámbito de protección de la norma, conforme a ambos aspectos, debe precisarse que la imputación de un hecho delictivo o la atribución de una determinada cualidad (negativa), a un funcionario público supone ingresar a un marco de aptitud de lesión, que se concretiza con su consumación y, es claro, que ingresan al ámbito de protección de la norma, aquellas conductas que se orienten a lesionar el honor desde su aspecto normativo-funcional. Por consiguiente, no podemos decir con corrección que la exceptio veritatis, sea una causal de atipicidad, resolución a la que pueden llegar los partidarios de que la falsedad en el caso de la Calumnia, es parte de la tipicidad objetiva³¹⁰, por lo que la carga de la prueba se traslada al querellado³¹¹, protegiendo la presunción de inocencia del ofendido, pero a todos esto como queda el principio de presunción de inocencia del autor. Máxime, si el legislador en el marco normativo del artículo 133º del CP, ha glosado las conductas que devienen en “atípicas”, cuando se adecua el hecho a los tipos de injuria o difamación, que en realidad suponen la modalidad de una excusa absolutoria³¹².

Segundo plano de valoración, tiene que ver con la antijuridicidad penal, si la concurrencia de un precepto autoritativo, que hace uso el autor del delito de difamación, desencadena la exención de pena, al superponer la “utilidad social” de la conducta típica. El fundamento de las causas de justificación son: la preponderancia de los bienes jurídicos fundamentales, la salvaguarda de los intereses jurídicos superiores, el reconocimiento de la autonomía de la voluntad y el correcto funcionamiento de la institucionalidad democrática³¹³.

Por lo dicho, se puede decir, que quien atribuye la comisión de un delito o de una determinada cualidad de conducta, se encuentra amparado en una causa de

³⁰⁹ . En este caso resalta el interés del ofendido del delito contra el honor, de que quede plenamente acreditado la falsedad del juicio de valor injurioso o de la imputación delictiva que recae en su contra. Un interés que se superpone al interés público, a efectos de limpiar su honor y, que el ofensor (querellado), quede en evidencia ante la sociedad, como un individuo que menosprecia en sentir más interior (personalidad) de la persona humana; De todas formas, coincidimos con Villa Stein, cuando sostiene que se trata de una previsión provocadora pues el querellante que se negará formular el pedido, será visto con sospecha por el sistema, sin perjuicio que el sólo trance de ventilar condiciones en sede judicial ya es estigmatizante aunque se pruebe la falsedad del dicho; *Derecho Penal. Parte Especial*, I-B, cit., p. 55.

³¹⁰ . Así, en opinión de Lorenzo Copello, P.; *Los delitos contra el Honor*, cit., p. 118.

³¹¹ . Así, Serrano Gómez, A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 280.

³¹² . Ver al respecto, Peña Cabrera Freyre, A.R.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 726-727.

³¹³ . Ver al respecto, Peña Cabrera Freyre, A.R.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 426-428.

justificación, lo que de entrada lo negamos rayanamente, los ciudadanos no tienen esa potestad, pues si conocen de que se ha cometido un delito, deben denunciarlo ante las instancias estatales correspondientes. Como expone Nuñez, el derecho no faculta la ofensa, sino que, con arreglo a la voluntad del ofendido de someterse al juicio sustancial de la verdad, excusa al ofensor³¹⁴. No podemos confundir esta hipótesis, entonces, cuando quien profiere la noticia o la divulga, lo realiza en el marco del ejercicio legítimo de un derecho, en cuanto al derecho a informar, a fin de formar una opinión pública veraz y objetiva. En esta hipótesis, habremos de valorar su concurrencia conforme a los presupuestos objetivos y subjetivos del precepto permisivo, cuya real admisión no esta supeditada a la veracidad de la noticia propalada, bastando que el autor haya contrastado la presunta veracidad de los hechos, cotejándolas con las fuentes de información con que contaba cuando recabo la misma, se habla de una veracidad subjetiva, lo que nada tiene que ver en el caso de la exceptio veritatis, en el sentido, de que en esta última, su procedencia no esta sujeta a la concurrencia de presunciones subjetivas de veracidad, bastando que se pruebe la veracidad de la información, no obstante que la intención del autor, desde un principio fue la de menoscabar el honor del ofendido, sin saber siquiera en dicho momento, que los hechos eran verdaderos³¹⁵.

No pudiendo reconducir la excepción de la verdad, al ámbito de los estados de inexigibilidad, no queda otra opción que sustentarla dogmáticamente en las causas supresoras legales de punibilidad, cuando el necesidad y el merecimiento de pena decaen por consideraciones de política criminal³¹⁶ o de política social, en el caso in examine, el interés de la sociedad de que se sepa la verdad, cuando se atribuye la comisión de un delito a un funcionario público, por ende, se trata de una causal eximente de pena, que de forma objetiva elimina la necesidad de la sanción punitiva, que nada tiene que ver con el Injusto penal o con la culpabilidad de reproche que recae sobre el autor³¹⁷.

La remisión al ámbito de la punibilidad, dejando intacto lo injusto y la culpabilidad, se debe a que el motivo de la renuncia a la pena –la prueba de la verdad– se produce en un momento posterior a la realización de la acción calumniosa³¹⁸. Para Vives Antón, se trata de una causa de exclusión de penalidad de naturaleza objetiva (comunicable, por tanto, a los partícipes), que puede tener lugar en el transcurso del proceso por calumnia y, que encuentra su fundamento en el interés del Estado en la persecución y castigo de los delitos³¹⁹; se superpone un interés (estatal) superior sobre el derecho subjetivo de honor del ofendido, de que se develen aquellos actos, que por merecer una grave reprobación social y jurídica, al tratarse de un funcionario público en el ejercicio de funciones, merecen ser esclarecidos, a fin de cautelar los intereses

³¹⁴ . Nuñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, IV, cit., p. 112.

³¹⁵ . Maciá Gómez, analizando el artículo 210 del CP español, sostiene que se trata de una cuestión fundamental en el ámbito de la antijuridicidad, que llega a ser determinante de la condena o de la absolución del acusado de injuria, pero queda restringido a las injurias dirigidas a funcionarios públicos y que consistan en expresiones o en imputaciones de hechos; *El delito de Injuria*, cit., p. 141.

³¹⁶ . Así, Salinas Sicchia, R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 306.

³¹⁷ . Para Fontán Balestra, tiene el carácter de una excusa absolutoria, porque están dados los caracteres objetivos de la injuria, sin que el pedido del querellante suponga un conflicto de bienes o intereses jurídicos de los caracterizan la justificación; porque no media en tales supuestos causal alguna de inculpabilidad: porque la falsedad de la imputación no pertenece al tipo de la injuria; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, T. IV, cit., p. 459.

³¹⁸ . Laurezo Copello, P.; *Los delitos contra el Honor*, cit., p. 120.

³¹⁹ . Vives Antón, T.S.; *Delitos contra el honor*, cit., p. 351.

estrictamente generales que de ha servir la actuación pública, por lo que se exige de pena al autor de calumnia.

El hecho de que la exclusión de pena resida en un elemento objetivo, ajeno a una consideración "personal" o "subjetiva" como caracteriza a las excusas absolutorias, no es para nosotros impedimento alguno, en la medida que la punibilidad de una conducta habrá de medirse también conforme a un baremo objetivo, bajo la salvedad que en este caso, el hecho no debe responder a la reparación civil, pero esta consecuencia no es producto de una incoherencia dogmática, sino mas bien de una pervivencia insostenible de esta figura en un CP democrático. Las causas que excluyen la pena deben revelar intereses jurídicos en realidad preponderantes y, este no es el caso en lo que refiere a la exceptio veritatis.

-Conclusiones

En la práctica, la excepción de la prueba de la verdad, ostenta un radio de acción muy reducido, cuando se revele que el hecho atribuido de "delictivo" o de una determinada cualidad valorativa, no se advierte su correspondencia con la realidad de las cosas, si se atribuye la comisión de un delito, a quien ya fue condenado, a fin de afectar su honor, su estima social, será ya una conducta típica, que no requiere de la comprobación de la verdad; (...), en concreto alega Lorenzo Copello, cuando el hecho sea objetivamente verdadero pero subjetivamente inveraz³²⁰, en nuestras palabras cuando no es factible apelar a una causa de justificación, cuando ingresa en conflicto el honor con el derecho a la información, concretamente cuando el autor no ha basado su imputación en una contrastable y cotejable información, faltando entonces, la veracidad subjetiva³²¹; cuando ha demostrado un temerario desprecio hacia el honor de las personas, la Ley, insospechadamente le confiere la potestad de acreditar la veracidad de la imputación, con ello salvarse de una pena. Máxime, el querellado al ostentar sobre sus hombros la carga de la prueba, ha de tener el deber de probar la veracidad de la imputación delictiva que recae sobre el querellante, para lo cual deberá disponer de los medios de prueba suficientes para ello, empresa en realidad complicada, que sólo puede alivianarse sobre manera cuando haya recaído una sentencia firme que haga alusión sobre la veracidad de la imputación³²². No se dice,

³²⁰ . Lorenzo Copello, P.; *Los delitos contra el Honor*, cit., p. 117; Así, Carmona Salgado, C.; *Delitos contra el honor*, cit., p. 471; Vives Antón, T.S.; *Delitos contra el honor*, cit., p. 351.

³²¹ . Así, Merla, M.E.; *Delitos contra el Honor*, cit., p. 134.

³²² . Pudiéndose cruzar en paralelo, dos procesos penales, uno sobre la calumnia y, el otro sobre el hecho que se le atribuye la naturaleza de "delictivo", lleva a Soler, a sostener que se pronuncie la paralización del juicio de calumnias, cuya suerte queda esencialmente sometida a lo que resulte del juicio criminal principal, especialmente en el aspecto objetivo y positivo de la imputación; *Derecho penal argentino*, T. III, cit., p. 313; no le falta razón, al autor argentino, pues será en el proceso cognoscitivo principal, donde han de actuarse las pruebas bajo todas las reglas del debido proceso, que puedan enervar el principio de presunción de inocencia del querellante y, a su vez demostrar la veracidad de los hechos imputados, con ello desencadenar la exoneración de pena, por motivos estrictamente de política criminal, sólo en cuanto a una sentencia de condena, cuestión distinta ha de verse en el caso de un auto de sobreseimiento, por prescripción por ejemplo, que en realidad no se pronuncia sobre el fondo del asunto; Fontán Balestra, escribe que si en el proceso principal ha recaído sentencia condenatoria, toda posible imputación por calumnia debe ser descartada, tanto porque el querellante ha tenido ya

por tanto, cuales son las potestades que ha de tener el querellado, para probar la veracidad de la imputación delictiva y, cual debe ser el grado de certeza que debe obtenerse para alcanzar la exoneración de pena y, si esta refleja una duda razonable, que sucedería nos preguntamos, no quedaría mas que la condena por el injusto de Difamación.

El hecho de que el autor haya obrado de buena fe, cuando no se demuestra la verdad de la imputación, para nosotros no puede conllevar una exoneración de responsabilidad penal, pues en un Estado de Derecho no se puede premiar con semejante "privilegio", a quien tuvo una actitud plenamente indiferente sobre el honor de una persona³²³.

En resumidas cuentas, no encontramos fundamentos suficientes y valederos, para que se mantenga la figura de la exceptio veritatis en nuestra legislación positiva, apuntalamos, entonces, a su derogación. Quien tiene medios de prueba, de que se ha cometido un delito, en base a indicios razonables, tiene el deber de denunciar la noticia criminis ante las autoridades estatales competentes y, si de las investigaciones se revela que la imputación era a todas luces "falsa", el denunciante será pasible de ser inculcado por el tipo penal de Denuncia calumniosa.

Se trata de una institución de dudosa legitimidad constitucional de cara a los derechos humanos, pues pueden los hechos, conductas o atributos enrostrados a la víctima, tener que ver exclusivamente con la esfera de la vida privada, y el transgresor erigirse en defensor autodesignado de la causa pública³²⁴.

La opción de la exceptio veritatis reduce de forma significativa la debida tutela que debe recibir el "honor", como derecho fundamental de la persona humana. La institución de la prueba de la verdad, sólo tiene cabida en un Estado fuertemente arraigado en los controles institucionales, donde la necesidad por descubrir hechos delictivos por parte de funcionarios públicos, debilita la tutela del honor, incompatible con los fundamentos finalistas de un Estado Social y Democrático de Derecho. Como dice Bustos (...) aunque se persiga afectar la posición del sujeto y su desarrollo, la *exceptio veritatis* tiene su fundamento en el interés general básico de persecución de tales hechos³²⁵; pero como dijimos, dicha persecución en un orden democrático de derecho, tiene sus propios canales y, éstos han de respetarse a fin de no resquebrajar las libertades individuales.

la oportunidad de defenderse del hecho que la supuesta calumnia le imputa, cuando porque ese hecho es entonces objetiva y judicialmente cierto; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, T. IV, cit., ps. 498; Así, Donna, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., p. 452; Ver al respecto, Gómez, E.; *Tratado de Derecho Penal*, T. II, cit., ps. 393-394.

³²³ . Posición contraria es Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. III, cit., p. 313.

³²⁴ . Villa Stein, J.; *Derecho Penal. Parte Especial*, I-B, cit., p. 53.

³²⁵ . Bustos Ramírez, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 170; Así, Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. III, cit., p. 312.

CAPÍTULO SEXTO

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL MARCO DE UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA DE DERECHO

1.-Cuestiones preliminares

La Ley Fundamental consagra un orden de valores pre-determinados normativamente, quiere decir esto, que se recogen los bienes jurídicos superiores que se erigen como la plataforma esencial del ser humano, tanto desde una perspectiva individual como colectiva. En efecto, uno de los pilares de una democracia liberal de derecho, reside en el reconocimiento de los derechos fundamentales, que pueden ser considerados desde un doble plano a saber: primero, como un estado originario de las personas, como derechos subjetivos inherentes a todos los individuos, en cuanto a la dignidad y la libertad, que debe proteger el Estado ante toda intromisión ilegítima y, a su vez como límites que ha de respetar la política jurídica-estatal y; segundo, precisamente, el mismo Estado reconoce a los ciudadanos y les confiere una serie de mecanismos e instrumentos legales, que se dirigen concretamente hacia su tutela efectiva, a la materialización de su vigencia fáctica, poniendo coto a una cualquier pretensión arbitraria y/o desproporcionada de la autoridad estatal.

El individuo y la comunidad, alega Häberle; así como el ciudadano y la democracia liberal, se encuentran sobre el mismo plano en materia de derechos fundamentales³²⁶. Pues, la tutela de dichos derechos no sólo redunda en el ciudadano, sino que se extienden a toda la colectividad.

La proclamación de los intereses jurídicos fundamentales, constituye el motor que impulsa la estructura edificante de toda la sociedad democrática, partiendo de las relaciones entre Estado y ciudadano, irradiando sus efectos positivos a su contenido esencial y contribuyendo al fortalecimiento de la tarea tuitiva de las libertades individuales, como paradigma de un orden democrático de derecho.

El tránsito de un Estado autoritario a un auténtico Estado liberal, supuso dar cabida a la vigencia efectiva de los derechos fundamentales de la persona humana, en las concretas relaciones con el poder estatal, pues en un régimen de opresión estatal, la persecución (política) del régimen se basa en la anulación de los derechos públicos,

³²⁶ . Häberle, P.; *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*, cit., p. 51.

eliminando toda posibilidad de disidencia política, no se admite el derecho de crítica, donde la protesta pública es sofocada mediando el uso de la violencia policial y/o militar, mediando el uso de las bayonetas y los gases lacrimógenos. No hay alternativa, entonces, de expresarse libremente, la coacción y la intimidación propician un estado de censura a los derechos de opinión e información. La oposición política, la confrontación ideológica es castigada mediante el destierro, el ostracismo, la mordaza, el cierre puertas, la prisión, hasta con la pérdida de la propia vida. Los medios de comunicación son tan solo tribunas interlocutoras del Régimen, que han de tener como tarea: la concientización del pueblo, ante la falsa verdad de los hechos que se enarbolan para garantizar su enquistamiento público, dejando de lado, claro esta, los actos de violencia y de corrupción que contaminan sus vísceras internas. Dicha estado de cosas, es tierra fecunda para la tiranía, la corrupción política, el estatismo y el totalitarismo, como armas que han de aplacar cualquier intento de reivindicación ciudadana.

La irrupción de las ideas libertarias, con la caída de los regímenes despóticos, dando lugar al nacimientos de los modelos democráticos, trajo a colación una nueva configuración del modelo de Estado y con ello de la sociedad; no sólo amparando jurídicamente la vida, el cuerpo, la salud y la libertad personal, sino también nace (se gesta) el derecho individual y colectivo, de expresarse libremente y de criticar toda la actuación estatal, como basamento de una sociedad democrática y pluralista, regente del respeto por la diversidad y la tolerancia. Como pone de relieve Espín, la libertad de expresión pertenece al conjunto de derechos fundamentales que fueron reconocidos en el constitucionalismo más temprano, por medio de las declaraciones revolucionarias del siglo XVIII³²⁷.

La libertad de prensa proteger tanto intereses públicos como privados³²⁸.

El derecho a ser elegido y de elegir libremente a sus representantes, de nada serviría, mejor dicho quedaría vaciado de contenido material, si es que en simultáneo no se reconocen el derecho a expresarse libremente de emitir una opinión conforme a un parecer ideológico, de informarse de acuerdo a las diversas posturas que pueden transmitirse a través de la prensa escrita, radial y televisas; pues es de recibo, que aún en aquellos regímenes político-autoritarios, que quieren revestirse de vientos democráticos, sus ciudadanos tienen derecho al voto, pero sin opción alguna de elegir libremente, en tanto, se presentan a las urnas partidos políticos debilitados, ante la presencia onnipotente de la agrupación política que regenta el gobierno de turno, son puras enmascaradas y/o fachadas, a fin de colmar las exigencias de los organismos internacionales. Por su contenido es, en efecto, una libertad que constituye un complemento imprescindible tanto para otros derechos de libertad clásicos (como los de reunión y manifestación) como para otros tradicionalmente calificados de derechos políticos (de sufragio o de petición), que constituyen un instrumento indispensable para la participación democrática³²⁹. No debemos dejar pasar por alto, que los derechos fundamentales se encuentran indisolublemente ligados, cuya interrelación hace viable su propia realización. Los "contenidos esenciales" de cada uno de los bienes constitucionales no están desvinculados entre sí; más bien se determinan recíprocamente³³⁰.

Las libertades públicas adquieren real concreción, cuando los ciudadanos son libres de expresarse en sujeción a sus convicciones ideológicas, políticas y/o de todo tipo de manifestación cultural. En el marco de una sociedad democrática, nadie puede ser perseguido por sus ideas; las ideas de por si no constituyen el manifiesto de una

³²⁷ . Espín, E., y otros; *Derecho Constitucional*, Vol. I, cit., p. 252.

³²⁸ . Häberle, P.; *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*, cit., p. 54.

³²⁹ . Espín, E., y otros; *Derecho Constitucional*, Vol. I, cit., p. 253.

³³⁰ . Häberle, P.; *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*, cit., p. 110.

conducta socialmente negativa, que haya e incidir en la generación de un hecho delictivo (*cogitatione poena nemo patitur*), las ideas no delinquen, pues para que puedan desencadenar una respuesta punitiva, deben materializarse en actos concretos de lesión y/o aptitud de lesión para con los bienes jurídicos –penalmente tutelados-, de conformidad con el principio de lesividad. Por lo dicho, la libertad de pensamiento al importar un derecho subjetivo, adquiere plasmación cuando el individuo expresa libremente sus ideas.

La institucionalidad democrática de una Nación, encuentra su máxima expresión, no sólo con la separación de poderes, sino también cuando los individuos son libres de expresar sus ideas, presupuesto esencial para la formación de una opinión pública, verás y objetiva, de especial relevancia para el aseguramiento de una actuación pública transparente y visible ante los ojos de la ciudadanía; precisamente, la libertad de expresión y el derecho a la información³³¹, hacen posible una fiscalización permanente de la función pública, poniendo a la luz pública los hechos torcidos que redundan en actos de corrupción pública. Trasciende del interés individual de expresión y recepción de información ya que representa una institución, la opinión pública libre, que defiende intereses generales dentro de un Estado democrático³³².

Los actos investigativos de una prensa libre e independiente, han supuesto en algunos casos la caída de regímenes corruptos, a través de la revelación de actos comprometidos de naturaleza delictiva, que involucraban a las más altas esferas de la función pública. En definitiva, el Perú no es la excepción. Mientras más efectivos se hagan estos derechos públicos y ciudadanos, se reduce de forma considerable el arbitrio público, con ello los márgenes de actuación de conductas –penalmente antijurídicas-.

El derecho a ser informado cada vez es mayor, producto del avance de la ciencia y de la tecnología, que de forma vertiginosa traen a colación mecanismos sofisticados de comunicación masiva, como el Internet, mediando la transmisión de un gran número de datos, teniendo como receptores también a un gran número de personas, en tiempos extraordinariamente veloces. Por otro lado, los hechos de corrupción política hacen más necesaria una decidida actuación de los medios de comunicación masiva, sobre todo, cuando son las propias instituciones públicas – encargadas de la investigación y persecución del delito-, que no realizan sus tareas constitucionales de manera cabal, objetiva e independiente. Empero, a su vez, aparece una prensa mordaz, osada e irresponsable, que a fin de vender el producto a los lectores y/o televidentes, es capaz de poner en difusión, esto es, al descubierto información que no necesariamente se condice con la verdad de los hechos, en el sentido, de que ni siquiera ha cumplido con contrastar su información de forma adecuada, más aún cuando se trata la imputación de hechos delictivos o, en otros casos, cuando se atribuye calificativos peyorativos que dañan considerablemente el honor, la fama, el prestigio de una persona. Esta forma de informar y de transmitir las noticias, colinda con el temerario desprecio hacia la verdad, que no se colige con la realización de un legítimo derecho, amparado constitucionalmente. No existe pues un derecho a la difamación, al menosprecio desvalorativo, a la ofensa y a la injuria; no confundamos el ejercicio legítimo de un derecho, con el abuso de un derecho.

En este orden de ideas, se produce permanentemente una colisión entre la libertad de expresión, el derecho a la información con el derecho al honor, conflictividad que no es fácil de resolver, pues debemos partir de la siguiente premisa: ambos son derechos fundamentales, por tanto, dignos de tutela jurídica, de protección

³³¹ . Mientras que por la primera los individuos son libres, de manifestar sus ideas, opiniones y/o creencias, por la segunda, tiene el derecho de recibir toda aquella información que se juzgue relevante en una sociedad democrática.

³³² . Donna, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., p. 419.

jurídico-penal, el hecho de que la libertad de expresión y el derecho a la información importen derechos colectivos, no debe llegar a pensar que el honor –como derecho individual-, deba ceder siempre a fin de cautelar la vigencia de los otros derechos. Más que una “confrontación” entre derechos, de lo que se trata es de una tarea de delimitación del alcance de cada uno de ellos, de determinación, en cada caso, de la línea divisoria donde un derecho acaba y otro empieza, o a la inversa, apunta Cruz Villalón³³³.

Siendo así, la resolución del conflicto de bienes jurídicos debe pasar por un *balancing test*, por una serie de filtros de valoración, que seguidamente pasaremos a exponer, tanto desde una dimensión ius-constitucional, como estrictamente penal, negando como demostraremos, que dicha resolución pueda absolverse mediante la teoría de los elementos subjetivos del injusto.

Con ello, damos lugar a la ponderación de bienes jurídicos en conflicto, cuya resolución supone en primer plano, declarar la supremacía de uno de ellos, de acuerdo a las características concretas del caso, sin que ello signifique vaciar de contenido al otro interés jurídico. En el caso de la conflictividad entre el derecho al honor y la libertad de expresión, se trata de un bien jurídico de naturaleza personal con uno de carácter colectivo. Nadie duda que de acuerdo a las cánones democráticos la libertad de expresión y el derecho de información, resultan consustanciales para con la formación de una opinión pública verás y objetiva, partiendo de las funciones que ha de desempeñar los medios de comunicación; es por ello, que en algunas oportunidades, el honor puede declinar a fin de cautelar el normal desenvolvimiento de dichos derechos colectivos. En efecto, los medios de comunicación –tanto las empresas como los periodistas individualmente-, cumplen una función informativa, de intermediarios naturales entre la noticia y los ciudadanos, que es básica para el mantenimiento de una comunicación pública libre³³⁴. Pero, para ello, la información propalada debe haber cumplido con rigurosos métodos de verificación y contrastación, en orden a asegurar la veracidad de su contenido, pues de no ser así, de autorizar la propagación de informaciones abiertamente falsas, no estaríamos a contribuir esa opinión pública que se intenta cautelar.

Dicho en otras palabras: *el derecho de información, ha de procurar no sobrepasar ciertos límites, y éstos vienen informados por el hecho de las personas, en tal sentido debe asegurarse que los hechos propalados cumplan con el requisito de “veracidad”*. Es el límite que impone la veracidad y la más absoluta y total responsabilidad por lo que uno afirma, escribe Romero Zavala. La verdad de los hechos que expresa, opina, transmite o divulga. El que deforma la noticia, corrompe la verdad. Y casi siempre más que corromper, la aniquila. Se convierte entonces en un vericida. Un homicida de la verdad. Habiendo transpuesto el límite, se ha despojado de toda dignidad. Porque no es digno quien engaña dolosamente, quien divulga información distorsionada; quien crea información falsa, inexistente o ficticia³³⁵.

En este orden de ideas, apunta Carmona Salgado, se exige de forma prioritaria, que el ejercicio de dichas libertades esté al servicio de la opinión pública libre, garantizándola como institución indisolublemente ligada al pluralismo político, valor esencial y requisito fundamental del bien funcionamiento del Estado democrático; ello se traduce en el dato relativo al carácter público de estas libertades frente a la naturaleza individual que distingue, en cambio, el derecho al honor, de donde se

³³³ . Cruz Villalón, P.; *Los derechos al Honor y a la Intimidad como límite a la libertad de Expresión, en la doctrina del Tribunal Constitucional*. En: Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial, cit., p. 100.

³³⁴ . Espín, E., y otros; *Derecho Constitucional*, Vol. I, cit., p. 258.

³³⁵ . Romero Zavala, L.; *Límites de la libertad de expresión*. En: Jurídica. Suplemento del Diario Oficial El Peruano, 26 de febrero del 2008, cit., p. 5.

desprende la posición preferente o el valor preponderante que ostentan en razón a su dimensión constitucional³³⁶.

Entonces, por un lado, tenemos el derecho que tienen los medios de comunicación de mantener informada a la población de las noticias de trascendencia pública, aquellas necesarias para la formación de una sociedad plural y libre y, por otra, la obligación que asumen estos medios de que dicha información cumpla con el requisito de la veracidad. Si estamos asumiendo el derecho que detentan estos medios de comunicación de informar y de expresar ante el colectivo las noticias de mayor relevancia pública, este derecho debe tener ciertos límites³³⁷ y, éstos vienen informados por el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar; quiere decir esto, que la prensa –sea cual fuese su faceta-, no tiene la autorización legal de dañar y/o lesionar el honor de las personas, sino de propalar información, que por su veracidad, pueda contribuir a los objetivos constitucionales propuestos, puesto que si por ejemplo atribuye la supuesta comisión de un hecho delictivo a un funcionario público, que es efectivamente investigado por los órganos de persecución, no habrá menoscabo a derecho alguno.

La problemática reside, cuando a posteriori, se acredita que falsedad de la información difundida, pero a todo eso, lo que interesa aquí, es que el periodista haya actuado creyendo erróneamente que la noticia era veraz, al haberla contrastado correctamente. En tal hipótesis, si bien el hecho en sí resulta típico (al adecuarse a los elementos constitutivos del tipo penal), no resulta siendo penalmente antijurídico, al concurrir un precepto autoritativo, reconocido por el ordenamiento jurídico: “el ejercicio legítimo de un derecho, de un oficio y/o cargo”, siempre y cuando el autor de la nota, haya actuado bajo los parámetros de dicha causa de justificación (tipo subjetivo); por lo que, si éste utilizó su oficio para simplemente dañar el honor de una persona, no podrá estar amparado por esta justificante.

El conflicto entra la libertad de expresión y el derecho al honor, adquiere especial relevancia, en la presente monografía, pues su resolución vía el ejercicio legítimo de un derecho, es incompatible con la admisión de los denominados elementos subjetivos del injusto (*animus inuriandi*, *animus informandi*, etc.), al desprenderse de estos últimos, una proposición dogmática falsa y político criminalmente insatisfactorio, en virtud de una serie de consecuencias, que expondremos más adelante.

2.-La Libertad de expresión de los medios de comunicación, como un precepto permisivo (causa de justificación)

Los planos dogmáticos que se glosan de la moderna teoría del delito, proponen la identificación de dos categorías en sí independientes, tanto por su valoración como por su incidencia jurídico-penal, nos referimos a la tipicidad penal y a la antijuridicidad penal. Mientras que en la primera de ellas, ha de referirnos a la confrontación formal de la conducta humana con la descripción típica contenida en el tipo legal, desde un baremo objetivo y subjetivo, un juicio de adecuación típico, afirmativo si es que el comportamiento analizado, se ajusta plenamente al radio de acción de la figura legal en cuestión, basta que no se verifique uno de ellos, para que debamos concluir que ésta es en definitiva atípica. La tipicidad penal es congruente con el principio de legalidad material, permitiendo a los sujetos, conocer de antemano que tipo de

³³⁶ . Carmona Salgado, C.; *Delitos contra el Honor*, cit., p. 467.

³³⁷ . Como expresa Häberle, por medio de sus límites, los bienes constitucionales entran en relación entre sí; *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*, cit., p. 68.

conductas son prohibidas y, por otro, cuales son mandatos a ser cumplidos (omisión); tomando lugar un proceso de comunicación, de puente cognitivo entre la norma y ciudadano, esencial para el ejercicio motivacional que ha de seguir el individuo, de acuerdo a la información recepcionada (prevención general negativa); (...), como dice Roxin, los tipos sirven realmente para la realización del principio *nullum crimen* y de él debe derivarse la estructuración dogmática³³⁸.

En todo caso, el nivel dogmático de la tipicidad penal, sólo nos dice sobre un juicio formal de subsunción típica, de que se ha producido un evento dañoso, en cuanto afectación y/o puesta en peligro de un bien jurídico –penalmente tutelado-, pero aún no sabemos si esta conducta en realidad es contraria al orden jurídico, es decir, con respecto a su “antinormatividad”. Como expresa Schünemann al respecto, el tipo (...), como descripción de la materia de prohibición, no constituye otra cosa que un medio heurístico de ayuda para la obtención del injusto penal específico, y, precisamente debido a este diverso status lógico, no puede colocarse en el mismo nivel del injusto³³⁹. En tal virtud, la tipicidad no es la *ratio essendi* de la antijuridicidad, sino su *ratio cognoscendi*, cumple entonces, una función indiciaria. No necesariamente la conducta que es declarada típica, debe ser necesariamente penalmente antijurídica. Precisamente la presencia de una causa de justificación hace inviable una premisa inversa, al constatarse la concurrencia de un precepto permisivo, ya no podemos hablar de un verdadero injusto penal.

Tipicidad penal y antijuridicidad penal, constituyen dos planos dogmáticos de valoración distinta, posición contraria a la sostenida por los partidarios de la teoría de los elementos negativos del tipo. La antijuridicidad penal es un juicio de valor, que importa la confrontación del hecho típico con las diversos preceptos permisivos que se desprenden de toda la política jurídica del Estado, en otras palabras dicho: mientras la tipicidad penal nos dirá si la conducta ha revelado cierta dosis de dañosidad social, la antijuridicidad penal hará decaer dicha dañosidad, cuando resulte que dicha conducta típica era útil socialmente, cuando han de advertirse la preponderancia de bienes jurídicos superiores al afectado. En palabras de Rudolphi, el comportamiento peligroso imputable objetiva y subjetivamente al autor aparece justificado cuando dicho sujeto, mediante la misma conducta peligrosa, crea a la vez, de modo objetivamente imputable, posibilidades de salvación para otros bienes jurídicos, que se valoran en mayor medida, o bien, mediante la no realización de una conducta de salvación, ha evitado puestas en peligro de otros bienes jurídicos en forma asimismo objetivamente imputable³⁴⁰.

Cuando se trata de conciliar las intervenciones necesarias de carácter administrativo con el derecho a la personalidad en general y con la libertad de actuación del ciudadano, o cuando situaciones de necesidad inminentes es imprevisibles exigen una decisión: se trata siempre de la regulación, socialmente justa, de intereses contradictorios³⁴¹.

La realización de la conducta lesiva, resultando siendo justificado, por haber logrado la pervivencia de un bien jurídico de mayor interés social, logrando con ello, la supremacía de los valores de orden superior y, por otro, que no se produzca un quebrantamiento de las diversas ramas del ordenamiento jurídico, unificando los criterios de valoración antinormativos (principio de unidad sistemática). La tipicidad y la ausencia de causas de justificación constituyen, pues, diferenciaciones pragmáticas del plano valorativo del “injusto penal específico”³⁴². Con ello estamos haciendo alusión

³³⁸ . Roxin, C.; *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, cit., p. 58.

³³⁹ . Schünemann, B.; *Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal*, cit., p. 72.

³⁴⁰ . Rudolphi, J.H.; *El fin del Derecho penal del Estado...*, cit., p. 91.

³⁴¹ . Roxin, C.; *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, cit., p. 59.

³⁴² . Schünemann, B.; *Introducción al razonamiento sistemático...*, cit., p. 72.

a que si bien la tipicidad y la antijuridicidad penal dan lugar al injusto penal, por otro que la valoración de cada una de ellas, amerita consecuencias distintas, para con los fines político criminales que ha de deducirse de ambos planos dogmáticos. Mientras que la tipicidad expresa que el comportamiento realizado por el autor ha infringido una norma (que puede consistir en una prohibición o en un mandato), cuya consecuencia es precisamente el tipo penal (prohibitivo o imperativo, respectivamente), es decir, la tipicidad se establece en el plano estrictamente penal, la antijuridicidad, en cambio, expresa que aunque alguien infringió una norma, no lesionó el orden jurídico, es decir, la antijuridicidad supone un juicio a la vista del ordenamiento en general³⁴³.

La referida valoración propuesta, no inserta en el plano de la antijuridicidad, concretamente en las denominadas "causas de justificación", que en realidad se basan en preceptos autoritativos de lesión de bienes jurídicos, que se comprenden en las diversas esferas del orden jurídico, cuya concreción fáctica permite la viabilidad del propio sistema, pues es de recibo, que el funcionamiento mismo del Estado de Derecho está condicionado a que se cumplan los mandatos legales así como las resoluciones jurisdiccionales. Con ello, estamos haciendo alusión que a ciertos funcionarios públicos y a determinados oficios (profesiones), se les confieren ciertas atribuciones, que importan injerencias lícitas en el contenido sustancial de bienes jurídicos, a fin de ajustar los intereses individuales a los estrictamente colectivos.

En este alud, aparece en concreto, el derecho a la libertad de expresión y de información, que se manifiesta en la libertad de prensa, sea en cuales fuera de sus canales de comunicación, en virtud de la cual las personas que ejercen el oficio del periodismo buscan la noticia de mayor relevancia, para difundirla al pública, vinculada al mundo de la política, de los negocios, de la relaciones internacionales, del ámbito policial y otros, que han de tener trascendencia hacia fuera. Para ello, se crean áreas de investigación, que se dedican a contrastar la información que canalizan a través de diversas fuentes de información y, sólo luego de ello, difunden la noticia, que algunas veces puede significar la atribución de la comisión de un delito o de una determina cualidad desvalorativa de una persona.

3.-La veracidad de la Información

a).-La relevancia socio-política de la noticia

Hemos sostenido con corrección que la posibilidad de que en conflicto de intereses jurídicos, se pondere favorablemente a la libertad de expresión y al derecho a la información, siempre y cuando, los hechos que se divulguen sean noticias de trascendencia pública y que se haya contrastado debidamente la veracidad de la misma. En cuanto al primero de los presupuestos, ha de inferirse, que la trascendencia pública de la noticia, tiene que ver esencialmente, con su relevancia para la formación de una opinión pública veraz y objetiva, en el sentido de contribuir al fortalecimiento de una sociedad democrática así como a sus instituciones públicas; de tal modo, que la relevancia ha de medirse conforme al estatus del protagonista de la noticia.

La legitimidad del derecho a la información depende del interés público-social de la noticia, esto es, del interés para la formación de una opinión pública libre³⁴⁴.

De recibo, si se trata de un funcionario y/o servidor público, la tutela del honor se debilita, a favor de los intereses generales que ha de cautelarse en el marco de cualquier actuación pública, por lo que dichas personas, deben admitir un cierto grado

³⁴³ . Jaén Vallejo, M.; *Libertad de expresión y delitos contra el Honor*, cit., p. 213.

³⁴⁴ . Donna, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., p. 432.

de intervención, en cuanto a las informaciones o críticas que se pueden formular a su gestión pública, como parte de la contienda democráticas³⁴⁵. Pero, dichas apreciaciones valorativas, que pueden incidir en juicios negativos de estimación, no han de ingresar al campo estrictamente personal, pues debemos distinguir la persona en si con la que se encuentra revestida del cargo público; por ello debemos hacer una distinción de lo “público” y de lo “privado”, si este último de cierta forma esta viéndose involucrado con lo público, en el sentido de que ciertos aspectos propios de la personalidad del sujeto son puestos en escena para desmerecer el cargo público, pueden adquirir, que duda cabe el nivel de “trascendencia” que se exige en estos casos; v.gr., cuando un juez solicita favores sexuales, a fin de favorecer a una de las partes, en un proceso al cual se encuentra avocado. Cuestión distinta, es la invasión directa a la privacidad del funcionario, cuando a fin de desprestigiarlo ante el público, se colocan cámaras de video vigilancia en un lugar público o privado.

La atribución de ciertos calificativos de menosprecio, que se basan en la persona *per se*, referido a una postura sexual u otro, no tiene a mi modo de ver las cosas trascendencia y/o relevancia pública; mas si, en cuanto a su participación en una licitación, que aprovechando sus contactos personales, favorece con la buena pro a una empresa comercialmente descalificada.

Se ha dicho con corrección, que aquellos que se insertan en el aparato público, ejerciendo funciones en la Administración, se someten voluntariamente a un riesgo, que se concretiza en una pérdida significativa al derecho a su “inviolabilidad personal”, quedando expuestos permanentemente a la vigilia y fiscalización de la prensa y del público, pero dicha auditoria tiene límites, los que vienen informados por el derecho a la intimidad y de cierta forma al honor, que no pueden verse menoscabados ante imputaciones de hechos delictivos o de calificativos injuriantes, que no se guían por un mínimo de sustentación objetiva. No basta, entonces, que el sujeto tenga la calidad de funcionario público, sino que los hechos que se vinculan, han de tener un cierto “interés público”, en cuanto a la formación de una opinión pública verás y objetiva. A la ciudadanía no le debe interesar a quien lleva a la cama un Ministro de Hacienda por las noches, cuando ya culminó su labor público, sino lo que le debe interesar en todo caso, es de cómo maneja este señor los asuntos públicos, de forma apropiada y, sobre todo, con honestidad y probidad. Pareciendo acertada, a decir de Lorenzo Copello, la propuesta doctrinal partidaria de incluir en la categoría de asuntos de relevancia pública todos aquellos hechos que faciliten o hagan posible la vida comunitaria. Siguiendo estas pautas, comenta la autora, quedaran al margen de los límites de preferencia de las libertades de expresión e información, por no revestir interés social alguno, cuantas cuestiones se relacionen de modo exclusivo con la vida privada de las personas, con independencia que éstas ocupen o no una posición social con repercusiones públicas³⁴⁶.

Así también debemos diferenciar, aquellas noticias que antes que afectar el honor, provocan un menoscabo a la intimidad de las personas, que a fin de acreditar una determinada circunstancia, se ingresan cámaras fotográficas o de video, en recintos estrictamente privados y, luego son difundidos por la televisión. Situaciones que no tienen nada que ver con la supuesta comisión de un hecho delictivo, sino con la manifestación de una conducta personal, que pueda provocar un reproche ético-social; el deber del periodismo no es hurgar en la intimidad de las personas, a fin de alimentar el morbo sórdido de los teleespectadores. Cuestión distinta, es si se graba la comisión de un hecho delictivo, en un recinto privado, como una intermediación de drogas, por un particular; que en este caso, estamos ante un supuesto de prueba prohibida, que

³⁴⁵ . Así, Carmona Salgado, C.; *Delitos contra el Honor*, cit., p. 468.

³⁴⁶ . Lorenzo Copello, P.; *Los delitos contra el Honor*, cit., ps. 80-81.

podría obviarse con las excepciones que toman lugar con las excepciones a las reglas de exclusión.

Retomando la función social que ocupa el individuo, se es de la idea que el debilitamiento de la personalidad, del derecho al honor, incumbe únicamente a personas que desempeñan cargos públicos, en vista de los actos que realizan tienen una particular trascendencia para la sociedad. A ello debemos agregar, que la prensa mordaz no sólo tiene por objetivos, a aquellos que ocupan cargos públicos, todo lo contrario, se advierte hoy en día, una prensa dedicada a la búsqueda de otra información, una manifestación periodística que se dice ser parte de una "prensa de espectáculos" (paparazis), que van en búsqueda de hechos noticiosos que tengan como protagonistas a personajes de la llamada "farándula", individuos que pertenecen al mundo artístico de la televisión, teatro, filmico, etc.; así también, ahora de moda, escarbar en la vida privada de los futbolistas, que en la actualidad han invadido todas las portadas de cierta prensa periodística. ¿Podemos decir en estos casos, que los hechos (escándalos), que involucren a estos personajes, son de interés público? A primera vista habría que negar dicha posibilidad, pues lo que hagan estas personas en su vida privada (actos de infidelidad, violencia familiar, etc.), a mi modo de ver las cosas no poseen "trascendencia pública", a lo único a que se dirigen es a alimentar el morbo de la gente. Cuestión distinta es cuando son partícipes de hechos que pueden ser calificados como una conducta delictiva, en cuyo caso, quien sabe de la noticia criminal tiene el deber de denunciarlo ante las autoridades estatales predispuestas, para que asuman su labor investigativa y persecutoria, tratándose de ilícitos penales perseguibles por acción penal pública.

Pocos años atrás, el público televidente fue escabrosamente impactado, como unas cámaras de filmación, ocultas claro esta, captaron escenas de intimidad, de mujeres que presuntamente realizaban prestaciones carnales a cambio de un precio. La filmación era tarea del presunto usuario, que de forma infiltrada se encargó de grabar dichas imágenes sin consentimiento de la otra parte, para lo cual la periodista pretendió justificar su agresión antijurídica, en el derecho de información y en la libertad de expresión, pues estaría de por medio una mafia de proxenetas. Argumentos que de prima facie deben ser rechazados: primero, porque nadie tiene el derecho de quebrantar la privacidad de un individuo, la única excepción la constituye el agente encubierto (policía) en el marco de investigaciones a redes criminales involucradas en la comisión de graves delitos, segundo, la prostitución *per se* no es constitutivo de delito alguno, tercero dichos hechos no son en definitiva de "relevancia pública", sólo han de incidir en la formación de una conciencia atávica, que de ningún modo ha de tender a la formación de una opinión pública verás y objetiva. Si se tenía noticia de actos de proxenetismo, estos hechos debían ser dados a conocimiento de las agencias de persecución penal, competentes para investigar el hecho. Dicha conducta, claramente infractora del tipo penal que atenta contra la Intimidad, también puede conducirse al tipo penal de Injuria, cuando a partir de dichas escenas, se hayan podido proferir frases, expresiones ofensivas contra las involucradas, que atentan contra su estimación personal y el prestigio social, siendo irrelevante que los hechos fueran ciertos o inventados.

Podríamos en todo caso, proponer una excepción, cuando se trata de futbolistas que forman parte de la selección nacional, en vista de que ellos representan al Perú, sin que ello quepa entender que son servidores y/o funcionarios públicos, por tanto sus actuaciones que puedan estar relacionadas con su quehacer futbolístico, en todo caso, extra-deportivo, v.gr., cuando el dopaje sale positivo con respecto a alcohol

drogas u otras sustancias prohibidas, sobornos o cualquier otro tipo de conducta que halla de mellar la imagen de la representación nacional³⁴⁷.

b.-El contenido de la veracidad

En cuanto a la veracidad de la información, aquello importa el deber del periodista de comprobar la veracidad de los hechos que se difunden ante el público, una especial deber de diligencia, mediando la confrontación de los datos con las diversas fuentes de información; pues de no ser así, estaríamos convalidando comportamientos que traslucen ni un mínimo de respeto hacia la función de comunicador público que ostenta, conductas temerarias e irresponsables, que en definitiva no pueden ser amparadas bajo el precepto autoritativo del ejercicio legítimo de un derecho.

La formación de la opinión pública, es cometido esencial de un sistema democrático de derecho, donde rige el pluralidad, que se manifiesta cuando los profesionales de los medios de comunicación divulgan informaciones de relevancia también "pública", pero ésta para ser amparada como causa de justificación, debe resguardar su veracidad, sólo cuando este fue debidamente comprobada y, a pesar de ello – ex post, se comprueba su falsedad el autor, pese a haber lesionado el honor, será exonerado de responsabilidad penal, al constituir una conducta que no llega a verificarse su antijuridicidad.

En todo caso, no se habla de un "verdad absoluta" en términos cognitivos, sino de una información que ha dado lugar a la propalación de una noticia debida y diligentemente contrastada; (...) se ha considerado existente para éste un límite interno consistente, no en una prohibición de comunicar afirmaciones erróneas – realmente inevitables en un libre debate- sino, con un particular deber de diligencia, en controlar con datos objetivos la exactitud de las noticias a transmitir y en el deber específico de contrastar se verosimilitud, exigencia que, por el contrario, no sería prevista ni susceptible de ser satisfecha por los juicios de valor³⁴⁸; de esta forma se tutela de la forma más amplia posible el derecho de la información, evitando censuras anti-democráticas. Tratamiento que se dice sólo resultaría aplicable en el caso a la libertad de información y no a la libertad de expresión, pues sólo la primera es

³⁴⁷ . De todos modos, valga precisar, que en algunos casos personas privadas, pueden ver mermado su protección al honor, a fin de hacer prevalecer el derecho de información, siempre y cuando se vean comprometidos con ciertos asuntos de interés social. En el mes de agosto del 2007, se produjo un terremoto de gran escala, afectando de mayor medida el Sur del país, por lo que algunas ciudades como Ica, Pisco y Chíncha, sufrieron severos daños económicos y la pérdida de muchas personas, así como centenares de heridos. A efectos, de proceder a la reconstrucción arquitectónica de las mencionadas ciudades se conformó una Comisión para tal fin, compuesta también por particulares, por lo que su actuación en dichas labores habrá de reputarla como de "trascendencia social".

³⁴⁸ . Francesco Grossi, P.; *La disciplina interna de la libertad de expresión en la perspectiva de la comparación*. En: Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos – In memoriam, Vol. III, cit., ps. 212-213; El Consejo Supremo de Justicia Nacional argentino (7-4-92, "Abad, Manuel E., y otros"), citado por Donna, señala en un fragmento lo siguiente: "El deber de resguardar el honor y la dignidad de las ciudadanos no supone condicionar el derecho de informar por la prensa a la verificación en cada supuesto de la exactitud de una noticia, sino a la adecuación de la información a los datos suministrados por la propia realidad, máxime cuando se trata de noticias con evidente potencialidad calumniosa o difamatoria, y en todo caso el deber de difundir el informe atribuyendo directamente su contenido a la fuente, utilizando un tiempo de verbo potencial o guardando reserva sobre el sujeto implicado en el hecho ilícito"; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., ps. 420-421.

susceptible de ser comprobada y/o verificada mediando fuentes de contrastación informativa, mientras que la segunda se sitúa en un plano esencialmente ideológico, propio de la persona humana.

La libertad de expresión, importa el derecho de pronunciarse sobre todos aquellos temas de interés público, el derecho de crítica, y de opinar sobre asuntos de relevancia, en cuanto a la forma de cómo la administración gubernamental o municipal esta gestionado la cosa pública, de la forma como se esta orientando la política económica, jurídica, social, criminal, etc.; por ello, no será constitutivo de Injuria, cuando un ciudadano –en uso legítimo de su derecho a expresarse-, señale que tal funcionario o Congresista es un incapaz en su gestión pública, no ser idóneo para continuar desempeñándose en un cargo público, así también cuando argumenta que un Ministro de Economía y Finanzas es un “ignorante”, en temas bursátiles-financieros, pues se supone que él debe manejar a la perfección dichas temáticas. Empero, si la expresión supone ya un insulto, una ofensa dirigida directamente al funcionario, ya no se puede hablar de una manifestación amparada en la libertad de expresión, sino de un acto constitutivo de Injuria, por ende, reprimible penalmente.

En el caso de la atribución de un delito a un funcionario público, exteriorizado en una expresión al margen del derecho a la información, carente de una base de investigación, la conducta será definitivamente típica, al margen de ser verdadera o falsa, la única salida que tendrá su autor para que se salve de la sanción punitiva, es apelar a la “exceptio veritatis”, salvo los casos contemplados normativamente en el artículo 133° del CP. Por su lado, el derecho de información tiene que ver con los hechos, que por su eminente relevancia, requieren ser divulgados al público, pero antes de ello, deben ser sometidos a un proceso de comprobación, es decir, de tomar las medidas precauciones en cautela de la veracidad de la misma, ex –ante, que de forma racional haya conducido a dicha afirmación (veracidad subjetiva), que luego deberá ser cotejada ex –post, mediante su verificación objetiva.

Ahora bien, punto a importante a desarrollar, es el siguiente: ¿Sólo aquellos que se desempeñan como periodistas, pueden verse beneficiados con el precepto autoritativo: derecho a informar, o es que acaso, cualquier persona pueden ampararse en dicha causa de justificación? Los hombres de prensa, son los que en primera línea efectúan permanentemente labores de investigación, a fin de captar el hecho noticioso, de relevancia, dado su interés público. Sin embargo, cualquier particular pueden en ciertos casos, obtener cierta información, que contrastada aquélla pueda llevar a exponer un hecho que involucre a una autoridad pública en un supuesto hecho delictivo. Si bien de admitirse que la libertad de expresión constituye un derecho inherente a todos los ciudadanos, según el orden de valores que se desprende de un orden democrático de derecho, no es menos cierto que en un Estado de Derecho han de seguirse ciertos canales, cuando se toma conocimiento de la comisión de un delito, donde el ciudadano tiene el deber de transmitir dichos hechos a las agencias estatales predispuestas y, no asumir un rol (persecutor), en el cual se tome la atribución de proferir atribuciones sobre dichos hechos, so pretexto de ampararse en la libertad de expresión.

No debemos confundir el derecho a la información con la libertad de expresión, mientras la primera concede la potestad de informar hechos de trascendencia pública, el segundo a expresar ciertas ideas y opiniones, éstas últimas como se dijo deben sujetarse a ciertos parámetros, para que no desborden su plano de legitimidad y se conviertan en el abuso de un derecho. Por consiguiente, se aclara que no es necesario que el sujeto que divulga la noticia, sea estrictamente un periodista, sino que lo indispensable a todo esto, es que la información recale en un medio de información, si un ciudadano, hace uso de este vehículo, para divulgar un hecho de relevancia e

interés público, podrá, que duda cabe escudarse en el derecho de informar no en la libertad de expresión. La otra opción pondría en serio riesgo el honor de las personas.

CAPÍTULO SÉPTIMO

-La solución a la problemática del conflicto de bienes jurídicos, vía una causa de justificación

1.-Marco de desarrollo

Como hemos sostenido, con corrección, la solución con respecto a la colisión entre el honor y el derecho a la información, en cuanto a su reconocimiento como “derechos fundamentales”, debe pasar por un estricto examen constitucional –ponderación de bienes jurídicos en conflicto-, que en sede penal ha de conducir a su valoración en sede de la antijuridicidad penal, con ello la vigencia de un precepto autoritativo de especial relevancia en un orden democrático de derecho: de formar una opinión pública libre, verás y objetiva, de forma tal, que la procedencia de la causa de justificación tiene como baluarte un interés esencialmente “público”, pues no cualquier noticia puede cobijarse bajo dicho amparo legal, de no ser así vaciaríamos de contenido tan importante derecho fundamental, inherente a la condición de persona humana. Lo que también determina que la “falsedad”, no pueda ser concebida como un elemento constitutivo del tipo penal de injuria y calumnia, a fin de evitar el riesgo que propiciaría en la función protectora de bienes jurídicos del derecho punitivo.

Por consiguiente, el honor sólo habrá de ceder ante el derecho a la información, cuando se advierta un hecho noticioso “trascendente”, para el público, en cuanto es de interés para la cautela de la cosa pública y, cuando se pone al tapete un asunto de relevancia social y, por otro lado, no se cautela cualquier tipo de actividad periodística, puesto que el revestimiento de autorización, no ha de cubrir aquella que se basa en un acopio de datos son cotejo alguno, sin la debida contrastación y diligencia, que ha de observar el hombre de prensa, en la medida, que el honor de una persona esta en riesgo de ser afectada. Donde la veracidad de la imputación, que pueda ser luego verificada, de ningún modo puede ser declarada como “atípica”, ni menos justificada penalmente, cuando se observa que el agente actuó de forma superficial, develando un hecho “supuestamente criminal”, procedente de un rumor o de una fuente de información de poca credibilidad; dejando a salvo la posibilidad de la exceptio veritatis, que a nuestra consideración es inconstitucional, no se condice con los presupuestos

básico de un Estado de Derecho, en lo que a la canalización de las denuncias se refiere.

Cuando el agente, atribuye hechos que a sabe a ciencia cierta de su falsedad y, con evidente propósito de lesionar el honor del sujeto pasivo, sin haber efectuado comprobación alguna, cuando se acredita de forma fehaciente la actuación temeraria del mismo, será una conducta típica, que no requiere ser valorada a nivel de la antijuridicidad, pues para que pueda proceder la valoración del ejercicio legítimo de un derecho deben concurrir un veracidad subjetiva así como la aparición de ciertos elementos de objetividad informativa. Igual modo sucederá, a pesar, de que el agente, habiendo actuado ex –ante, creyendo la falsedad del hecho y, luego se comprueba la veracidad, de común idea con lo aseverado en el párrafo anterior. Si asumimos una posición contraria, tendríamos que convalidar actuaciones de los hombres de prensa, de profundo desprecio hacia el honor de las personas, que con tal de vender la información, divulguen hechos sin la menor responsabilidad, lo que sería en realidad un “abuso de un derecho”³⁴⁹.

De hecho una posición, como la aquí concebida lleva ciertos reparos, no muy fáciles en verdad de superar. En el marco de un orden de interpretación sistemática es lógico entender, que el dolo como –elemento subjetivo del injusto-, ha de cubrir todos los elementos constitutivos del tipo penal, en el caso del delito de Calumnia sería la “falsedad”, en cuanto a la comisión del hecho delictivo y, en el caso de la Injuria, la “falsedad” de la frase injuriante, es decir, si el agente conocía de antemano –con seguridad- que el sujeto pasivo no había perpetrado el hecho punible, habría que afirmar la tipicidad objetiva. Pero, si concurre un error respecto a ello, la ignorancia que recae sobre la falsedad de la imputación delictiva, habría que concluir en un error de tipo, cuyas consecuencias jurídicas devendrían en una manifiesta impunidad, de conformidad con las reglas previstas en el artículo 14º del CP, tanto en su vertiente invencible como vencible, en tanto esta última importa la punición a título de culpa y, siguiendo la cláusula de excepcionalidad contemplada en el artículo 12º (in fine), la exoneración de responsabilidad penal es una consecuencia ineludible. De acuerdo a ello, todo informador, periodista, que en el ámbito de su actividad, propale (divulgue), una información en si falsa (imputación delictiva), pero ignorando dicha condición “cognitiva”, sería constitutivo de un error de tipo, en otras palabras “impune”, con la consiguiente merma de la tutela al honor del sujeto pasivo. Ello quiere decir, apunta Lorenzo Copello, que para eximirse de pena sería suficiente con plantear la credibilidad de un único testigo o, incluso, alegar que no siquiera se prestó atención al posible contenido falso del hecho, sin que la falta de diligencia en la comprobación de la noticia pudiera jugar aquí como barrea de contención para evitar una intromisión injustificada en el honor de la víctima³⁵⁰.

De igual manera, sucedería en aquel caso del informador, que seguro de la falsedad de la información, luego de verificada su veracidad, al faltar el elemento objetivo (riesgo no permitido), será también atípica (tentativa inidónea). Consecuentemente, se fomentaría una actuación poco diligente y temeraria del hombre de prensa, inclusive deliberadas campañas de difamación so pretexto de ampararse en un error de tipo, o ante la ausencia del “*animus difamandi*”, se librarían de una pena.

Nuestra posición al estimar el honor, un bien jurídico desde una dimensión normativa-funcional, no podemos adoptar la posición antes anotada. Primero, porque la lesión al honor no esta supeditada a la veracidad de la imputación delictiva o a la frase injuriante, la integración social y la participación social del ofendido, habrá de

³⁴⁹ . Así, Lorenzo Copello, P.; *Los delitos contra el honor*, cit., p. 87.

³⁵⁰ . Lorenzo Copello, P.; *Los delitos contra el honor*, cit., p. 86.

afectarse al margen de la verdad, en la que se cubre la imputación delictiva y, segundo, se deja de lado, la relevancia constitucional que tiene el ejercicio legítimo de un derecho (a informar), cuya preponderancia frente al honor, puede determinar la exclusión de pena, aún la información fuese falsa, siempre y cuando se haya actuado bajo las previsiones de una actuación responsable y diligente, bajo la premisa de una noticia de interés público³⁵¹.

Como expresan Fiandaca y Musco, la exigencia de encontrar un equilibrio entre los intereses constitucionales en conflicto y la consecuente imposición de límites al derecho de prensa, los cuales, según la jurisprudencia actualmente dominante, consisten en: 1) la verdad o verosimilitud de la noticia publicada; 2) la exigencia de un interés público en el conocimiento de los hechos; 3) la objetiva y serena exposición de la noticia³⁵².

Si a nivel de la antijuridicidad se prueba la veracidad de la información propalada, de igual manera, el hecho quedara cubierto por el precepto autoritativo, siempre y cuando se haya actuado bajo las previsiones de una actuación diligente y responsable, con la salvedad de que concurra la llamada "veracidad subjetiva". En la ejecutoria recaída en el RN N° 290-2005-Huanuco, expedida por la Sala Penal Permanente, se sostiene en el Considerando Cuarto lo siguiente: *"Que si bien es cierto el imputado expresó la opinión sobre la conducta de la agraviada y dio cuenta o informó de algunos hechos vinculados a ella, el límite al ejercicio de los derechos se encuentra de un lado, en la formulación de expresiones abiertamente injuriosas desprovistas de interés público e innecesarias a la esencialidad del pensamiento – libertad de expresión-, de otro lado, en la exigencia de veracidad subjetiva de la información que se emite, lo que supone una actividad diligente de contrastación razonable de lo que se afirma, así como se trate de hechos de interés general, que no pertenezcan a la esfera íntima –libertad de información-; que en el caso de autos no aparece que el imputado haya realizado diligente y responsable actividad de verificación de las afirmaciones que efectuó –que realizó malos manejos y que tiene antecedentes- y por otro lado fluye que el encausado señaló que la agraviada es una aprovechadora, que sin duda es una frase formalmente ofensiva, insultante o hiriente y que, por cierto, rebasa el razonable ejercicio del derecho de crítica y evidencia en su conjunto un elemento interno difamatorio imposible de negar"*³⁵³³⁵⁴.

³⁵¹ . Para Jaén Vallejo, quien es de la posición de un "honor merecido", donde la veracidad de la imputación delictiva elimina la lesividad de la conducta; siempre que se afirma un hecho deshonroso para las personas, sea o no constitutivo de delito, hay razones para pensar en la relevancia jurídico-penal de la acción del autor, porque ya afectan el honor, al menos en su aspecto normativo, vinculado a la dignidad humana, del que nadie puede carecer, por más que su protección penal dependerá de la no veracidad de las afirmaciones –aspecto fáctico- pues el propio comportamiento del afectado le puede arrebatar su carácter ofensivo; *Libertad de expresión y delitos contra el Honor*, cit., p. 241; Así, Berdugo Gómez de la Torre, pero desde la postura de la teoría de los elementos negativos del tipo; *Límites entre Libertad de Expresión y Derechos de Personalidad*, cit., p. 296.

³⁵² . Fiandaca, G./ Musco, E.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 278.

³⁵³ . En la ejecutoria recaída en el RN N° 1980-2003-Lima, expedida por la Sala Penal Permanente, se expresa en el Considerando Segundo, lo siguiente: *"Que en el delito de difamación se distinguen tres elementos concurrentes para su configuración: a) la imputación de un hecho, calidad o conducta que pueda perjudicar el honor o reputación de una persona; b) la difusión o publicidad de la imputación; y c) el dolo, consiste en la conciencia y voluntad de lesionar el honor, mediante la propalación de la noticia por cualquier medio de prensa; que estas circunstancias deben valorarse en el caso de autos, en tanto que no se advierta que el órgano jurisdiccional ha revisado si los querellados, en orden a las expresiones proferidas, han realizado una mínima actividad de contrastación periodística, que es la pauta necesaria cuando existe una colisión entre la libertad de expresión y el derecho al honor"*; Mientras que en el RN

En cambio, para los partidarios de un honor personal merecido, el hecho sería "atípico"; por ello es importante tomar en cuenta la postura de Jaén Vallejo, que parte de una concepción personal del "honor", señalando lo siguiente: "(...) es cierto que la realización de un tipo penal de calumnia o injuria en el que esté ausente la falsedad no revela aún la lesión de un concepto de honor personal, como el que se propone, en el que el propio comportamiento puede incidir negativamente en su protección. Dicho de otro modo, *muchos de los comportamientos típicos de injuria y calumnia no van a resultar, sin embargo, antijurídicos y, por consiguiente, no parece que vayan a cumplir la función indiciaria de la antijuridicidad, que es característica de la tipicidad*³⁵⁵.

Pues bien en estos delitos, en verdad, la tipicidad no será indiciaria de la antijuridicidad y, por ello, no se podrá afirmar la infracción hasta que no se verifique la no veracidad del hecho imputado a otro, adecuado al tipo penal de injuria, o de calumnia³⁵⁶. Por lo dicho, para este autor, la falsedad no es parte del tipo objetivo, sin embargo, según su posición, cuando la imputación delictiva es "verdadera", no se produce afectación alguna al honor, mas si a la intimidad. De hecho, coincidimos en que la tipicidad puede no ser indiciaria de la antijuridicidad en algunos casos, pero no puede existir un comportamiento que sea justificado penalmente, por concurrir una causa de justificación, si es que previamente no ha tomado lugar un juicio positivo de tipicidad penal, puede darse una conducta típica que no sea penalmente antijurídica, pero no al revés. Jaén Vallejo, dice en referencia, que en esto delitos la tipicidad no cumple aquella función indiciaria, por ser tipos penales abiertos, en los que la subsunción positiva del hecho bajo el tipo penal y la subsunción negativa respecto a las causas de justificación, no es aún suficiente para afirmar la antijuridicidad y, consecuentemente, el ilícito penal (de injurias, o de calumnia)³⁵⁷.

Nº 482-2003, emitida por la Sala Penal Permanente, con fecha 15 de abril del 2004, se sostiene en el Considerando Cuarto: "*Que, en primer lugar, es evidente que la atribución formulada por la querellada en el sentido que le predio de propiedad del querellante está vinculado a una persona condenada por delito de tráfico ilícito de drogas, y que el querellante ha sido implicado en un delito de aborto con (...), constituye una ofensa lesiva al honor del querellante que ha sido comunicada a varias personas, incluso se le ha dado la publicidad a través de un medio de comunicación social; que, en segundo lugar, para la solución del conflicto existente entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de información, ambos de relevancia constitucional, que es el punto nodal de este caso, es de tener en consideración a los efectos de estimar la primacía del segundo, el ámbito y sus requisitos de legitimidad, siempre que se ejerza respetando el contenido esencial de la dignidad de la persona; que, en tercer lugar, en lo atinente al ámbito del derecho a la libertad de información, es claro que la crónica refirió a temas de interés público, lo que justifica abordarlos libre pero responsablemente; que, sin embargo, en lo referente al ejercicio legítimo de la libertad de información, para considerarlo como tal se requiere lo que se denomina "veracidad subjetiva" del informador, que comporta un específico deber de diligencia en su labor, a consecuencia de lo cual transmite una información falsa que perjudica a terceros, no constituye en caso contrario una conducta negligente sino ostensiblemente dolosa, en la medida que publicó conscientemente como cierto un hecho que no lo era, denotando manifiesto desprecio hacia la verdad*".

³⁵⁴ . En el caso de la resolución recaída en el RN Nº 2062-2002-Puno, expedida por la Sala Penal Permanente, se sostuvo en el Considerando Segundo, lo siguiente: "*Que en cuanto a los cargos que aparecen de las sentencias pronunciadas (...), de las mismas no aparecen que éstas sean objetivamente falsas o, en todo caso, que se formularan a sabiendas de su falsedad, tanto mas si en la primera sentencia se absuelve por duda acerca de la realidad de los hechos imputados y en la segunda se absuelve por insuficiencia probatoria, consecuentemente, las afirmaciones de la denuncia no reúnen los elementos objetivos y subjetivos de los tipos penales de difamación y calumnia*".

³⁵⁵ . Jaén Vallejo, M.; *Libertad de expresión y delitos contra el Honor*, cit., p. 242.

³⁵⁶ . Jaén Vallejo, M.; *Libertad de expresión y delitos contra el Honor*, cit., p. 242.

³⁵⁷ . Jaén Vallejo, M.; *Libertad de expresión y delitos contra el Honor*, cit., ps. 242-243.

Consecuentemente, la exoneración de pena, podría conseguirse desde un doble baremo a saber: primero, cuando de entrada se acredita que la imputación delictiva es verdadera, como consecuencia de una declaración de atipicidad penal y, segundo, cuando a pesar de no ser verdadera la información propalada, el autor ha dado muestra franca de haberse esforzado por la búsqueda de la verdad, es decir, el acto sería justificado penalmente. Pues parece, advertirse una valoración unitaria del injusto, donde se confunden los planos de valoración, en cuanto a la tipicidad con la antijuridicidad, tal como lo proponen los partidarios de la teoría de los elementos negativos del tipo, no podemos arribar al nivel de la antijuridicidad si previamente no hemos dado por satisfecho el juicio de tipicidad penal, aunque pueda decirse que la falsedad constituye un elemento de valoración global del hecho que representa un aspecto positivo de la antijuridicidad previo a las causas de justificación³⁵⁸. No estamos seguros, si es que al concebir los delitos de injuria y calumnia, como tipos abiertos puedan salvarse los reparos anotados. En cambio, la postura adoptada por nosotros, deja en buen puerto la secuencia lógica-jurídica de análisis que debe darse en los dos niveles de valoración del injusto penal.

En resumidas cuentas, la realización de cualquier derecho requiere de límites y de contornos bien definidos, en este caso, de que el informador haya contrastado debidamente la información recabada, a fin de cautelar su “veracidad” y, si luego de comprueba su evidente falsedad, la conducta a pesar de ser “típica” (menoscabo al honor= dañosidad social), será penalmente justificada, dada su utilidad social, siempre y cuando se haya cumplido con el deber de comprobación y de debida diligencia; desde una visión ex –ante de veracidad subjetiva, comprobada ex -post³⁵⁹. Por tanto, la nocividad social del comportamiento (tipicidad penal), es dejada de lado, ante la presencia de un acto pleno de utilidad social (causa de justificación). El Injusto penal pues, implica la realización del tipo penal, tanto en sus aspectos objetivos como subjetivos, y la ausencia de un precepto autoritativo, este es el primer plano de valoración, a efectos de fundamentar la legitimidad de la reacción punitiva, la valoración estrictamente individual, referente al reproche de corte personal (culpabilidad), determina otro punto de estudio, que no nos interesa en la presente valoración. Lo injusto es injusto de la acción referida al autor, es injusto “personal”, dice Welzel³⁶⁰.

Con lo antes dicho, adoptó una metodología, un orden sistemático de los planos de valoración “dogmáticos”, que no se ajusta al orden secuencial que ha de seguirse en la interpretación y aplicación de los tipos penales, y eso es así en base a lo siguiente: en un Estado Social y Democrático de Derecho, la interpretación normativa de las diversas figuras delictivas no puede realizarse sólo desde una visión intra-sistemática, sólo tomado en referencia los contenidos dogmáticos que con claridad conceptual ha de resolver los diversos problemas de interpretación. Empero, con ello nos olvidamos que la correcta interpretación de los tipos penales, no puede anclarse de una visión puramente dogmática, sino que su contenido debe llenarse conforme a consideraciones político criminales, que tiendan a asegurar los fines esenciales del Derecho penal en un orden democrático: la protección preventiva de bienes jurídicos y, en el marco del injusto penal, debe cautelarse que la debida valoración de la tipicidad y de la antijuridicidad resguarden precisamente dicho objetivo “axiológico”, que en el caso de los delitos contra el Honor, no se lograría si es que asumimos que la “falsedad”

³⁵⁸ . Lorenzo Copello, resumiendo la posición de Jaén Vallejo, *los delitos contra el honor*, cit., p. 91; con ello toma lugar la construcción de una institución que recoge en la antijuridicidad una valoración previa, a las causas de justificación propiamente dicha: “La Responsabilidad por el Hecho”.

³⁵⁹ . En parte, Jaén Vallejo, M.; *Libertad de expresión y delitos contra el Honor*, cit., p. 241.

³⁶⁰ . Welzel, H.; *Derecho Penal Alemán. Parte General*, cit., p. 92.

es componente del tipo objetivo, tomando en vinculación la naturaleza jurídica que le hemos otorgado al bien jurídico, de forma tal que se da prioridad a la solución del problema generado por la conflictividad social provocada por el delito.

Jescheck, citado por Roxin, sostiene que no debe desconocerse, (...), el peligro de una dogmática jurídico-penal basada en fórmulas abstractas: éste radica en que el juez se abandona al automatismo de los conceptos teóricos, olvidando así las particularidades del caso concreto. Lo decisivo ha de ser siempre la solución de la cuestión de hecho, mientras que las exigencias sistemáticas deben ocupar un segundo plano³⁶¹. Dicho así: de que sirve pues, la claridad conceptual y el rigor sistemático, que ha de manifestar una construcción teórica, si es incapaz de ofrecer una respuesta adecuada al delito, como expresión fenoménica, que ha de responder conforme los fines legítimos del Derecho penal, de proteger los bienes jurídicos esenciales.

Parafraseando a Roxin, o la ruptura admisible de los principios dogmáticos a través de la valoración político criminal conduce a una sacudida de la aplicación uniforme y sin arbitrariedad del Derecho –desbaratando entonces desde un principio las ventajas que se le atribuyen a la sistemática –o se pone de relieve que la solución de la “cuestión de hecho”, mediatamente valorativa, no se opone a la seguridad jurídica y al dominio de la materia jurídica –planteándose entonces la cuestión de hasta qué punto es necesario el pensamiento sistemático-³⁶².

En palabras de Mir Puig, la interpretación de los preceptos jurídico-penales y la elaboración de los conceptos dogmáticos han de guiarse por la función social perseguida por el derecho penal, y no sólo por puras exigencias de construcción lógica³⁶³. Que, la falsedad sea reconocida como elemento de tipicidad objetiva del tipo penal de Calumnia, supone que duda cabe, una inferencia lógica, pero no resuelve de forma racional el conflicto que acontece entre el honor y el derecho a la información, en cuanto a la función social del *ius puniendi* estatal: la prevención del delito, concretamente los efectos preventivo-generales de la norma jurídico-penal y la efectiva protección de los bienes jurídicos. La adopción de criterios de interpretación estrictamente positivistas, dejan de lado la valoración social de las normas jurídicas.

Únicamente, desde la perspectiva del honor aparente o del honor merecido, podemos llegar a la postura, de estimar a la falsedad como un elemento objetivo de tipicidad, pero de ninguna manera, desde una noción normativa-funcional del honor, que parte de la dignidad humana para recorrer la función participativa del individuo en sociedad, por eso que el la “excepción de la verdad”, tendría que ser reputada como una causal de “atipicidad”, lo que a todas luces es dogmáticamente erróneo y político criminalmente inaceptable. Bajo el añadido que en este caso, estamos hablando de un conflicto de bienes jurídicos, en cuanto al derecho de información. Mi postura no sólo adquiere legitimación teórica, sino un sostén “constitucional”, puesto que se pone en manifiesto la importancia que ambos bienes jurídicos despliegan en una sociedad democrática de derecho y, la jerarquía que ha de reconocerse de uno sobre el otro.

Si fuésemos partidarios de la otra postura, nos tendríamos que inclinar por la tesis de la necesidad de concurrencia de los elementos subjetivos del injusto ajenos al “dolo”, al concurrir el ánimo de informar o de crítica, eliminaría el ánimo a difamar, lo que es abiertamente inequívoco, primero, porque atenta contra el principio de legalidad material, ajeno a la construcción de tipicidad penal y, porque tonifica de forma exagerada el elemento animico del injusto, propio de teorías que entendían que el Derecho penal debía seguir la suerte de las estructuras lógica-objetivas, en tanto los bienes jurídicos son merecedores de protección, siempre que sea necesario reforzar la

³⁶¹ . Roxin, C.; *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, cit., p. 37.

³⁶² . Roxin, C.; *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, cit., p. 38.

³⁶³ . Mir Puig, S.; *Introducción a las bases del Derecho Penal*, cit., p. 301.

vigencia de los deberes ético-sociales, cuya vigencia asegura conminando con pena su lesión³⁶⁴.

El pensamiento sistemático-racional, ha de guiar la tarea interpretativa desde una perspectiva normativa, tomando en cuenta los cometidos preventivos de la norma jurídico-penal. Por consiguiente, quienes se muestren partidarios de que la "falsedad" es un elemento del tipo penal de Calumnia, de seguro que aceptan la concurrencia del animus difamandi, como elemento subjetivo del injusto –ajeno al dolo-, cuya ausencia determina la "atipicidad" de la conducta. En la calumnia, lo mismo que en la injuria, sí habrá que tomar en consideración el ejercicio de la libertad de información como causa de justificación, lo que resultaría, en verdad, bastante difícil, si la falsedad debiera esta alcanzada por el dolo, apunta Jaén Vallejo. En realidad, continúa el autor, de ubicarse la falsedad en el tipo no se podría aplicar nunca el ejercicio de la libertad de información como causa de justificación ¿cómo se va a justificar la falsa imputación de un delito³⁶⁵?

En tesis, el tipo en este caso, no cumpliría una función positivamente indiciaria de la antijuridicidad. En tal virtud, el hecho de que la conducta en principio sea "típica" es un indicio de antijuridicidad, aunque en algunas circunstancias excepcionales no lo sea, de conformidad con un tipo de función "delimitadora"³⁶⁶.

Algunos dirán que mi postura, puede encajar en el derecho positivo español y no en el peruano, cuando en el artículo 205° del CP español, se señala taxativamente que el tipo subjetivo del injusto esta conformado por el "*conocimiento de la falsedad o temerario desprecio hacia la verdad*", elementos de constitución típica que repercuten en una determinada actitud del autor frente a la veracidad de los hechos, cuya comprobación en el caso del temerario desprecio hacia la verdad, importa que el agente actuó de una forma muy ligera, sin haber contrastado la veracidad de la información de la manera debida, basándose en meros rumores, o datos inexactos, en manifiesto desprecio del honor de las personas. En ambos, casos el criterio resolutivo ha de ceñirse al ámbito de la antijuridicidad. Una noticia es inveraz cuando el informador sabe que es falsa o, aún no sabiéndolo, carece de datos racionales que le permitan tenerla por verdadera, es decir, cuando imputa a otro un hecho con "conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad"³⁶⁷.

Ahora bien, soy de la postura que las consecuencias anotadas, pueden perfectamente extraerse del derecho positivo vigente, en cuanto a la preferencia del derecho a la información sobre el derecho al honor (conflicto de bienes jurídicos), de conformidad con la naturaleza del bien jurídico (normativo-funcional), tomando en referencia que el análisis dogmático del injusto penal –como se dijo-, no puede guiarse únicamente sobre apotegmas jurídicas, sino también, tomando en consideración criterios de política criminal.

En el caso del tipo penal de injuria, de la misma tipicidad penal, ha de señalarse que la falsedad de la expresión ofensiva, no forma parte del tipo objetivo, pero en el caso de la Calumnia, si se desprende ello, de forma indudable, pero como señale, esto no debe impedir a que la resolución pase por un plano constitucional, que ancla en el derecho punitivo, en sede de la antijuridicidad penal, tal como se revela de los preceptos constitucionales, en tanto se erige en el artículo 2° de la Ley Fundamental, a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento como

³⁶⁴ . Welzel, H.; *Derecho Penal Alemán. Parte General*, cit., p. 16.

³⁶⁵ . Jaén Vallejo, M.; *Libertad de expresión y delitos contra el Honor*, cit., p. 242.

³⁶⁶ . Peña Cabrera Freyre, A.R.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 218.

³⁶⁷ . Lorenzo Copello, P.; *Los delitos contra el honor*, cit., p. 90.

derechos fundamentales, que deben tomarse en consideración cuando ha de producirse un conflicto de bienes jurídicos³⁶⁸.

Debiéndose destacar que el honor es un interés jurídico que no sólo adquiere tutela legal por obra del Derecho penal, sino también del resto de parcelas que se comprenden en el ordenamiento jurídico. Así, el Derecho civil, cuando dispone en el artículo 5º que *el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria, salvo lo dispuesto en el artículo 6º (actos de disposición)*. En efecto de común idea con lo anotado en apartados anteriores, el honor es un bien jurídico que se relaciona directamente con la personalidad humana, concretamente con la dignidad, como una característica inherencia a la condición de persona, por ello requiere del máximo amparo legal, prohibiendo entonces su posible renuncia por parte de su titular así como su cesión, sea cualesquiera el objeto del mismo, no puede tampoco ser objeto de una transacción entre privados, o entre el Estado y su titular, el contenido esencial de los derechos fundamentales así lo exige, de acuerdo con los postulados humanistas, propios de un Estado Social y Democrático de Derecho. Empero, no podemos confundir el contenido esencial de dichos derechos, con la posibilidad de que los efectos lesivos que recaigan sobre el mismo, que dan lugar a una indemnización pecuniaria, puedan ser objeto de una transacción. Así, lo reconoce el artículo 1306º del CC, cuando se estipula que se puede transigir sobre la responsabilidad civil que provenga del delito³⁶⁹, esto es, los efectos perjudiciales que aparecen como consecuencia de la conducta criminal, en lo que respecta al disvalor del resultado, son susceptibles de ser transados, en virtud del principio de disponibilidad que caracteriza los derechos subjetivos amparados por el Código Civil.

2.-Responsabilidad extracontractual

Siguiendo la idea antes hilvanada, corresponde analizar la figura de la responsabilidad extracontractual, que se regula en los artículos 1969º y ss., del Código Civil, cuando aparecen daños como consecuencia de actuaciones no amparables en convenciones legales, susceptibles de ser reparados, tiene que ver con la responsabilidad civil, no olvidemos que mientras la Justicia Privada es compensatoria, la Justicia Penal es distributiva.

El artículo antes invocado, señala a la letra que aquel por dolo o culpa causa un daño a otro, está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor. Se revelan, entonces, los siguientes elementos, para que

³⁶⁸ . Con todo, la postura asumida, apunta a lo siguiente: si bien se parte de un conflicto de bienes jurídicos, bajo una cierta preferencia al derecho a la información, no es menos cierto que se pretende llegar a un equilibrio entre ambos derechos fundamentales y, esto se logra, primero, afirmando la tipicidad penal de los delitos de injuria y calumnia, al margen de la veracidad del calificativo o del hecho que se atribuye y, segundo, determinando que los márgenes de valoración de la veracidad subjetiva, sean puestos en análisis a nivel de la antijuridicidad; de forma tal, que se tutela adecuadamente el honor de las personas, incidiendo en un plano funcional-normativo, dejando de lado perspectivas objetivas y subjetivas (honor fáctico) y, demostrando la relevancia del derecho de información en una sociedad democrática, pero sustrayendo del amparo de la causa de justificación, aquellas conductas carentes de un mínimo de diligencia y de comprobación informativa, aquellas en manifiesto desprecio hacia la verdad.

³⁶⁹ . Mientras que el artículo 1305º del CC, prohíbe que los derechos no patrimoniales sean objeto de transacción, v.gr., la vida, el honor, la intimidad de ningún modo pueden ser objeto de una transacción, por ser derechos inherentes a la dignidad humana, por ende irrenunciables.

pueda configurarse la figura de la responsabilidad extracontractual: la infracción de una norma de cuidado, la producción de un daño cuantificable económicamente y la atribución de imputación subjetiva a título de dolo o culpa, donde debe mediar una relación de riesgo entre la concreción del resultado lesivo con la conducta infractora de la norma, debiéndose descartar aquellos factores no imputables al agente, por ser imprevisibles e inevitables. Apareciendo en el artículo 1971° (in fine), una serie de causales que importan la improcedencia de la responsabilidad civil extracontractual, que si bien pueden haber causado un daño, por ende, en infracción de la norma, son lícitas, al ampararse en una causa de justificación, disponiendo el inc. 1) del articulado la causal del ejercicio regular de un derecho, en este caso podría ser el derecho a la información, siempre y cuando se verifique la concurrencia de ciertos presupuestos, de común idea con lo previsto en el artículo II del Título Preliminar del CC (ejercicio abusivo de un derecho)³⁷⁰.

Seguidamente, nos debemos remitir al artículo 1982° del CC, que regula la responsabilidad por acto calumnioso, que a la letra dispone lo siguiente: *"Corresponde exigir indemnización de daños y perjuicios, contra quien, a sabiendas de la falsedad de la imputación o de la ausencia de motivo razonable, denuncia ante autoridad competente a alguna persona, atribuyéndole la comisión de un hecho punible"*; precepto legal que ha de concordarlo con el artículo 402° del CP, que hace alusión a la figura delictiva de la Denuncia Calumniosa, que como expusimos en el apartado correspondiente, se distingue del delito de calumnia, en cuanto el primero la imputación delictiva que recae sobre una persona, debe ser puesto en conocimiento (noticia criminis), de las autoridades estatales competentes, para investigar y perseguir el delito, por lo que se trata de un injusto que ataca no sólo al honor, sino de modo más intenso a la administración de justicia, por lo que se dice que es un delito pluriofensivo, a diferencia de la calumnia, donde la imputación delictiva ha de recalar en el ofendido o en cualquier otra persona.

En el caso propuesto, cabe relucir ciertas diferencias, no anotadas anteriormente, entre el tipo penal del artículo 402° con el previsto en el artículo 131° del CP, concretamente en el tipo subjetivo del injusto, tiene que ver con el artículo 1982° del CC: se dijo, que en el caso de la calumnia, la falsedad no es un elemento del tipo objetivo, según los argumentos sostenidos, sobre todo, en lo referente a la colisión de bienes jurídicos, pero en el caso de la denuncia calumniosa la cuestión es totalmente distinta.

-Conclusiones

³⁷⁰ . En la siguiente ejecutoria, se pone de relieve lo siguiente (Exp. N° 163-97 del 12 de junio de 1997): *"(...) que si bien existe impunidad frente a los daños autorizados por ley, siendo una de las hipótesis para ello el ejercicio legítimo de un derecho de denunciar a quien creemos que ha causado un delito en nuestro perjuicio, siempre que ese ejercicio sea ejercido regularmente; (...) que la denuncia es indemnizable cuando el ejercicio del derecho a denunciar se hace irregular, el mismo que conforme lo previsto en el artículo mil novecientos ochentidós del Código Civil es irregular cuando se hace a sabiendas de la falsedad de las imputaciones o cuando no existía motivo razonable para denunciar; (...) que en el caso de autos habiendo existido otros procesos judiciales entre las partes originados del contrato de mutuo que la demandante suscribiera con el esposo de la demandada en la que ésta no interviniera acredita que los hechos expuestos por la demandada no eran falsos y que sus motivos eran atendibles, aunque no ameritaran la existencia de un proceso penal en su contra (...)".*

Quien sabe de cierta persona ha cometido un delito y, tiene pruebas para demostrar la imputación delictiva, tiene el deber de denunciar el hecho punible ante el Ministerio Público, pero dicho deber debe cotejarlo con el principio de veracidad, en el sentido de que la imputación debe basarse en una argumentación cierta y valedera, no se puede sin mas denunciar cualquier tipo de hechos, cuando de por medio esta en juego la libertad de una persona, así como su honor, en su aspecto funcional-normativo. Por ello, se erige como una conducta penalmente disvaliosa, cuando se denuncia ante la autoridad un hecho punible, a sabiendas que no se ha cometido, o el que simula pruebas o indicios de su comisión que puedan servir de motivo para un proceso penal o el que falsamente se atribuye delito no cometido o que ha sido cometido por otro.

En este caso, el tipo subjetivo del injusto, es decir, el dolo (directo y/o eventual), ha de abarcar la falsedad de la imputación, no se puede en este caso, relegar la prueba de la veracidad a un nivel posterior, la antijuridicidad, pues no existe ningún ejercicio legítimo de un derecho (libertad de expresión y derecho a la información), de denunciar falsamente la comisión de un delito, a sabiendas que no se ha cometido, de no ser así se estaría poniendo en riesgo el principio de reserva procesal penal así como los bienes jurídicos vinculados con la personalidad humana, inconsistente en un Estado de Derecho. Por ello, si el autor ha errado sobre la falsedad, como es un elemento del tipo penal, podrá estar incurso en un error de tipo, vencible o invencible dependiendo de las características concomitantes del caso concreto. En palabras de Jaén Vallejo, en los delitos de acusación y denuncia falsas es impensable la justificación y, por consiguiente, no entra en consideración para nada la libertad de información; si acaso se podrá presentar algún problema de error de tipo, cuando el autor sufra un error sobre la falsedad, cuya evitabilidad determinará la responsabilidad culposa, si es que ésta se admite en aquellos delitos³⁷¹.

Lo que a este nivel interesa, es que si bien el tipo penal de Calumnia, exige el dolo, en lo que la figura del artículo 1982º del CC, no sólo comprende el dolo, sino también la culpa, pues la “ausencia de motivo razonable” hace alusión a una conducta negligente del autor, de no haber realizado un mínimo de averiguación, a fin de revelar si contaba o no con indicios razonables de sospecha de criminalidad, de conformidad con el principio de intervención indiciaria, lo que supone en otras palabras un “temerario desprecio hacia la verdad”.

Retomando el tema de la causa de justificación resulta importante anotar lo siguiente: se deduce por lógica, que los preceptos autoritativos, para su procedencia debe concurrir una correspondencia entre los presupuestos objetivos de una causa de justificación con el elemento subjetivo de la misma, que en el presente caso, se pensaría que al haber trasladado la cuestión de la falsedad de la imputación, dicho elemento debe estar presente, por lo que el error sobre dicho elemento, asumiendo la teoría estricta de la culpabilidad, llevaría a un error de prohibición, que sólo en el caso de la vertiente invencible devendría en impunidad y, en el caso de su manifestación vencible, sólo tendría la posibilidad de atenuar la pena, lo que a todas luces importa una incongruencia con la postura adoptada, pues si el autor, demuestra que llego a la veracidad subjetiva, de forma razonable, habiendo empleado una debida diligencia para ello, sería dicha conducta impune, no pudiendo demostrar la veracidad de la imputación delictiva. Común denominador de los preceptos permisivos es la correspondencia que debe existir entre el factor anímico u los hechos que dan lugar a la acción justificante³⁷².

³⁷¹ . Jaén Vallejo, M.; *Libertad expresión y delitos contra el Honor*, cit., p. 242.

³⁷² . Peña Cabrera Freyre, A.R.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 460.

Cuadrando nuestra posición a la temática en cuestión, como señalábamos, no podemos concebir a la falsedad como un presupuesto objetivo de la causa de justificación, por lo siguiente: si estamos hablando que lo que se valora, en definitiva, es que el agente haya contado con una veracidad subjetiva (no objetiva), es decir, que luego de una diligente actuación, mediando actos concretos de constatación haya llegado al convencimiento sobre la certeza de los hechos que divulga, los cuales a pesar de resultar falsos, serán dispensados de una pena, al estar amparado en una causa de justificación (ejercicio legítimo de un derecho), esto es, ex ante, el autor haya estado seguro de la veracidad de la imputación delictiva, siempre y cuando haya arribado a dicha posición cognitiva, producto de una depurada comprobación, siendo que no corresponde con la acreditación ex -post.

Como se verá no existe una coincidencia, una correspondencia entre el factor subjetivo, con los hechos –objetivamente hablando-; si hemos partido de la postura de una concepción favorable del derecho de información, en cuanto a la concurrencia de bienes jurídicos en conflicto, no podemos supeditar la afirmación de la causa de justificación a la veracidad objetiva de la información. El reconocimiento de la veracidad como elemento subjetivo de justificación, escribe Lorenzo Copello, no implica que la verdad del hecho –o si se prefiere, su no falsedad- forme parte de los presupuestos objetivos de esta causa de exclusión de la antijuridicidad³⁷³. Dice la autora, lo siguiente “(...) si entre las condiciones de legitimidad en la libertad de información no figura la verdad objetiva comprobada *ex post*, bastando con la veracidad subjetiva (...), no hay motivo para añadir aquel elemento como presupuesto de la justificación de la conducta³⁷⁴.

Dicho en otros términos: *la especial relevancia de los bienes jurídicos involucrados, de forma concreta el derecho a informar, importa la admisión de la causa de justificación, sin exigir que se deba verificar la veracidad objetiva ex – post, siempre que se cumpla con el interés social de la noticia, es por ello, que si el agente actuó de forma indebida e indiligente, habiéndose basado únicamente en rumores, estando anímicamente mas cerca de la falsedad que de la veracidad, aún acreditándose la veracidad del hecho³⁷⁵, no podrá ser exonerado de una pena, vía dicha causa de justificación, así tampoco podrán ser analizados en el precepto autoritativo, aquellas expresiones, que por su carácter ofensivo (insultos), desde ya son típicas y penalmente antijurídicas.*

El elemento subjetivo de la causa de justificación, debe de todos modos, dotarse de un contenido, en este caso de que el agente conozca que esta actuando bajo el derecho de informar, sabiendo de la relevancia del hecho que propala ante el público; (...) requisito que, en principio, no habrá de presentar problemas en relación con los profesionales de la información, quienes, precisamente, tienen entre sus funciones la de suministrar y difundir noticias, participando así en la formación de la opinión pública³⁷⁶.

Pero, en el caso de la injuria, cuando se propalan calificativos a ciertos personajes, cuando la veracidad subjetiva no se corresponda con los presupuestos objetivos de una causa de justificación, nos referimos a la relevancia social de la noticia, por ser un hecho que se circunscribe, por ejemplo, a la intimidad de un funcionario público, que no tiene repercusión en la función pública. ¿Nuestra legislación positiva como habría de reaccionar en esta hipótesis?, habiendo señalado que la exoneración de pena, en lo que respecta al ejercicio legítimo de un derecho, requiere sólo de la presencia de la veracidad subjetiva y de los presupuestos objetivos:

³⁷³ . Lorenzo Copello, P.; *Delitos contra el honor*, cit., p. 91.

³⁷⁴ . Lorenzo Copello, P.; *Delitos contra el honor*, cit., ps. 91-92.

³⁷⁵ . Podrá acudir en todo caso a la aplicación de la “exceptio veritatis”.

³⁷⁶ . Jaén Vallejo, M.; *Libertad de expresión y delitos contra el Honor*, cit., p. 273.

comprobación de la información de forma razonada y la trascendencia del hecho, basado en el interés social y, si ha habido un error, sobre el último elemento, no quedará otra opción que eximir de pena, pues en este caso, se da privilegio a la veracidad subjetiva, cuando el autor ha obrado con una especial y adecuada diligencia, pese a ello no logro alcanzar la verdad, de un hecho carente de trascendencia pública³⁷⁷, dejando intacta la tipicidad penal, no se llega a un injusto penal en realidad cualificado, merecedor de pena. Es decir, dice Berdugo, la cumplimentación o no del deber de veracidad y por tanto la inclusión o no dentro de la libertad de información no depende de la mayor o menor correspondencia con la verdad de lo afirmado, sino del grado de cumplimentación o no de la diligencia debida³⁷⁸.

Por lo antes dicho, la causa de justificación, en cuanto el ejercicio legítimo de un derecho, de forma expresa el derecho de información, por su peculiar y especial relevancia constitucional, provoca un quiebre en la sistemática de correspondencia entre los presupuestos objetivos y su esfera subjetiva, en tanto la veracidad subjetiva, que haya gobernado la conciencia del agente ex –ante, no tiene porque coincidir con la veracidad objetiva de la información, sino que basta acreditar que el autor actuó en el marco de dicha justificación, sabiendo de dicho amparo autoritativo y que la noticia era de interés social.

³⁷⁷ . No sería lógica, que en el caso propuesto si habría de aplicar un error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, según las reglas del error de prohibición, siendo punible (atenuado), cuando el autor, si es que hubiese agotado ciertos mecanismos, hubiera superado el error, cuando lo medular en el derecho de información es la actuación diligente, razonada y profesional del autor por llegar a la verdad y, precisamente eso es lo que se advierte en la presente hipótesis. Valga decir, que se ha de ser muy riguroso, en lo que respecta a la actuación diligente, no cualquier actuación, que revele un mínimo de comprobación, pues de ser así se estaría convalidando comportamientos que no alcanzan un nivel suficiente de diligente.

³⁷⁸ . Berdugo Gómez de la Torre, I.; *Los límites entre Libertad de Expresión y Derecho de la Personalidad*, cit., p. 290.

CAPÍTULO OCTAVO

-Comentario al Acuerdo Plenario N° 3-2006/CJ-116, del 13 de octubre del 2006 (Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria)

En el marco de un Estado Constitucional de Derecho, resulta de especial importancia que los máximos Tribunales de Justicia del país, adopten criterios interpretativos en determinados ámbitos del Derecho penal, a fin de ajustar las resoluciones jurisdiccionales a los cánones de predictibilidad y seguridad jurídica; máxime si de los dictados de la Justicia Penal se derivan los efectos más gravosos para con la esfera de libertad ciudadana, esto es, la sanción punitiva. Precedentes vinculantes que han de guiar la aplicación del Derecho penal, en todas las instancias del Poder Judicial, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 22° y 116° de la TUO de la LOPJ, en consonancia con la introducción del artículo 301°-A al C de PP, vía el Decreto Legislativo N° 959 del 17 de agosto del 2004, a efectos de declarar “precedente obligatorio” las sentencias de las Salas Penales de la Corte Suprema, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando así lo expresen las mismas, precisando el extremo de su efecto normativo³⁷⁹.

Un mandato esencial, para evitar la disparidad de criterios en los miembros del Poder Judicial sobre una misma materia y, por otro lado, sujetar los criterios interpretativos a los fines axiológicos del *ius puniendi* estatal: la protección preventiva de bienes jurídicos, según el orden de valores contemplado en la Ley Fundamental. No debemos perder de vista, que los derechos fundamentales adquieren tutela penal, en la medida que reflejan un valor primordial para el ser humano, ante conductas de significativa lesividad social. Y, entre estos derechos fundamentales, se ubica el honor de las personas y, en otro estadio, la libertad de expresión, derecho de información y de crítica, por ende, como se ha venido sosteniendo, al advertirse un conflicto de bienes jurídicos, la resolución debe garantizar lo más posible un equilibrio entre ambos intereses, de acuerdo a la naturaleza jurídica de cada uno de ellos.

En este caso, se apunta en el acápite 3, se dice, el Pleno decidió tomar como referencia la Ejecutoria Suprema que analiza y fija criterios para solucionar la colisión que puede presentarse entre el delito contra el honor –protección constitucional al honor y a la reputación- y el derecho constitucional a la libertad de expresión. Se trata

³⁷⁹ . Peña Cabrera Freyre, A.R.; *Exégesis del nuevo Código Procesal Penal*, cit., ps. 865-866.

de la Ejecutoria recaída en el recurso de nulidad número 4208-2005/Lima, del 18 de octubre de 2005.

-Fundamentos jurídicos:

6.-Los artículos 130° al 132° del Código Penal instituyen los delitos de injuria, difamación y calumnia como figuras penales que protegen el bien jurídico honor. *El honor –se señala- un concepto jurídico ciertamente indeterminado y variable, cuya delimitación depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento histórico, pero que en todo caso, desde una perspectiva objetiva, aluden a la suma de cualidades que se atribuyen a la persona y que son necesarias para el cumplimiento de los roles específicos que se le encomiendan.* Desde un sentido subjetivo el honor importa la conciencia y el sentimiento que tiene la persona de su propia valía y prestigio; reputación y propia estimación son sus dos elementos constitutivos. Se parte de una premisa cierta: el honor es un concepto en si variable, cuyo contenido ha de llenarse conforme a las valoraciones vigentes de la sociedad, desde diversas perspectivas, pero define su concepción conforme a la posición fáctica, desde su doble vertiente: objetiva y subjetiva, que como vimos en apartados anteriores puede llegar a resultados insatisfactorios, el honor “aparente”, sin embargo, ello no obsta, a negar, que en los delitos contra el honor, se propicia una afectación a la autoestima y al prestigio social. Este bien jurídico, se escribe, está reconocido por el artículo 2°, numeral 7), de la Constitución y, constituye un derecho fundamental que ella protege, y que se deriva de la dignidad de la persona –constituye la esencia misma del honor y determina su contenido-, en cuya virtud los ataques al honor son ataques inmediatos a la dignidad de la persona. De forma tal, que se asume, se completa con una consideración normativa (dignidad humana), que da lugar al postura mixta (fáctica-normativa).

En el acápite 7, se dice *que paralelamente la Constitución, en su artículo 2°, numeral 4), también reconoce y considera un derecho fundamental común a todas las personas, las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social. Son sujetos de este derecho la colectividad y cada uno de sus miembros, no son sólo titulares del órgano o medio de comunicación social o los profesionales del periodismo.* Desde luego, el ejercicio de este derecho fundamental- dado el carácter o fundamento esencial que ostenta en una sociedad democrática. Dicha declaración se condice con el rango constitucional que le hemos otorgado a las libertades de expresión, opinión, información y difusión del pensamiento, como base del pluralismo ideológico y político de un orden democrático de derecho, por lo que su ritualidad reposa en la calidad de ciudadano, que la ostenta cualquier individuo. Empero, cada uno de estos derechos, por su singular y particular naturaleza, puede llevar a consecuencias distintas, cuando entra en colisión con el honor. La libertad de expresión importa la exteriorización de ideas, juicios de valor, posturas, etc.; mientras que el derecho a la información supone la divulgación de hechos. Se sostuvo que la resolución entre ambos bienes jurídicos, debe garantizar un equilibrio entre ambos, a fin de no vaciar de contenido a ninguno de ellos, donde la presunción favorable al derecho a la información requiere de la presencia de una serie de presupuestos. Así, al citar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia Herrera Ulloa vs. Costa Rica, del 2 de julio de 2004, precisando que el derecho a la libertad de expresión y de pensamiento no es absoluto, cuyas restricciones deben cumplir tres requisitos, a saber: 1) deben estar expresamente fijadas por la ley; 2) deben estar destinadas a proteger ya sea los derechos o la reputación de los demás, o la

protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública; y 3) deben ser necesarias en una sociedad democrática.

Se desprende, entonces, que si bien la libertad de expresión y de pensamiento, son derechos fundamentales, no por ello, pueden ser utilizados de forma irrestricta, sino que tiene ciertos límites, otros intereses que también merecen tutela constitucional, que no pueden ser dejado de lado, so pretexto de ampararse en la libertad de expresión. Los límites habrán de fijarse, conforme a los principios de razonabilidad y de proporcionalidad, puesto que el uso de dichas libertades siempre implicará una injerencia en la esfera de personalidad de los individuos. Lo que si debe dejarse sentado que no existe derecho al insulto, ni a la vejación ni a la ofensa personal, a excepción de ciertas actuaciones estatales basadas en el ejercicio de un cargo y/o oficio.

En el acápite 8, se pone de relieve que la solución del conflicto por la formulación de un juicio ponderativo que tenga en cuenta las circunstancias de cada caso en particular y permita determinar que la conducta atentatoria contra el honor está justificada por ampararse en el ejercicio de las libertades de expresión o de información. La base de esta posición, estriba en que, en principio, los dos derechos en conflicto: honor y libertades de expresión –manifestación de opiniones o juicios de valor- y de información – imputación o narración de hechos concretos-, gozan de igual rango constitucional, por lo que ninguno tiene carácter absoluto respecto del otro (ambos tienen naturaleza de derecho – principio). Poniéndose de relieve que la resolución mediante el método ponderativo de bienes jurídicos, debe partir de la esencia constitucional que ambos bienes poseen, del mismo nivel, pero que al concurrir ciertos presupuestos, que dan lugar a la causa de justificación, puede que el hecho en si típico (lesivo al honor), sea penalmente autorizado (utilidad social – formación de una opinión pública, libre, verás y objetiva).

Renglón seguido en el acápite 9, se fija que *una vez determinados legalmente la concurrencia de los presupuestos típicos del delito en cuestión –paso preliminar e indispensable-, corresponde analizar si se está ante una causa de justificación –si la conducta sujeta a la valoración penal constituye o no un ejercicio de las libertades de expresión e información-. Es insuficiente, se dice, para la resolución del conflicto entre el delito contra el honor y las libertades de información y de expresión el análisis del elemento subjetivo del indicado delito, en atención a la dimensión pública e institucional que caracteriza a estas últimas y excede el ámbito personal que distingue al primero*. Quiere decir, que primero debe entrarse en cuestión, si en realidad la conducta puede ser catalogada como una causa de justificación, si la atribución del hecho, parte de una actividad típica del derecho a la información y de la libertad de expresión, por lo que es a nuestro juicio inadecuado, que baste para ello, el análisis del elemento subjetivo del injusto, no creemos que se refiera al dolo, puesto que éste debe tomarse como base, para pasar al nivel de la antijuridicidad, de acuerdo al nivel secuencial de los planos dogmáticos, sino mas bien al *animus injuriandi*, en tanto se asumía que el ánimo de informar, era un presupuesto básico para determinar la vigencia del derecho a la información, lo que se niega desde una consideración estrictamente constitucional.

Luego se señala que *en nuestro Código Penal la causa de justificación que en estos casos es de invocar es la prevista en el inciso 8) del artículo 20º, que reconoce como causa de exención de responsabilidad penal “El que obra (...) en el ejercicio legítimo de un derecho...”, es decir, de los derechos de información y de expresión. Estos derechos, o libertades, pueden justificar ingerencias en el honor ajeno, a cuyo efecto es de analizar el ámbito sobre el que recaen las frases consideradas ofensivas, los requisitos del ejercicio de ambos derechos y la calidad –falsedad o no- de las eludidas expresiones, sobre la base de que los derechos de información y de opinión*

así como la libertad de expresión son derechos de carácter públicos, pues pertenecen a toda la colectividad, mientras que el honor es un derecho subjetivo imbricado en la personalidad individual.

El tema queda claro, la libertad de expresión y el derecho a la información, se comprenden en el marco del precepto autoritativo: "el ejercicio legítimo de un derecho", cuya efectiva concreción, puede legitimar injerencias en el honor de una persona, claro analizando, el grado de menosprecio en el caso de la injuria, así como el ámbito en el cual se profieren, mas la falsedad o no de las expresiones, como lo hemos postulado, no determina la atipicidad, cuando han de significar un menoscabo a la dignidad humana, solo aquellas opiniones que se enmarcan en el derecho ciudadano a la crítica, pueden ser comprendidas en una causa de justificación, que a pesar de resultar lesivas, son justificadas por situarse en el campo de la autorización preceptiva.

En lo que se refiere al contenido de la información, se expone en el acápite 10, lo siguiente: *"La naturaleza pública de las libertades de información y de expresión, vinculadas a la formación de la opinión ciudadana, exige que las expresiones incidan en la esfera pública –no en la intimidad de las personas y de quienes guarden con ella una personal y estrecha vinculación familiar, que es materia de otro análisis, centrado en el interés público del asunto sobre el que se informa o en el interés legítimo del público para su conocimiento-. Obviamente, la protección del afectado se relativizará –en función al máximo nivel de su eficacia justificadora- cuando las expresiones cuestionadas incidan en personajes públicos o de relevancia pública, quienes, en aras del interés general en juego, deben soportar cierto riesgo a que sus derechos subjetivos resulten afectados por expresiones o informaciones de ese calibre –más aún si las expresiones importan una crítica política, en tanto éstas se perciben como instrumentos de los derechos de participación política-: así lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia Herrera Ulloa, del 2 de julio de 2004, que tratándose de funcionarios públicos (...) su honor debe ser protegido de manera acorde con los principios del pluralismo democrático. En todos estos casos, en unos más que otros, los límites al ejercicio de esas libertades son más amplios".*

De acuerdo a la posición asumida, el uso legítimo del ejercicio legítimo de un derecho (derecho a la información), ha de sostenerse en dos puntos a saber: primero, que se trate de un hecho de interés público, en cuanto a la trascendencia en la vida social y política del país, que ha e incidir en la formación de una opinión plural y democrática, sobre los asuntos de mayor importancia y, segundo, que tienen como protagonistas –generalmente-, a funcionarios públicos, quienes por la naturaleza de la actuación encomendada, han de soportar una pérdida de la protección penal del honor, siempre que tengan que ver con hechos o conductas relacionadas con la función pública y, no aquellas intromisiones en la esfera de la intimidad, de la privacidad del personaje público, que no viene a cubrir la justificante en cuestión.

En el acápite 11, se expone que *otro criterio está circunscrito a los requisitos del ejercicio de la libertad de información y de expresión. Se ha de respetar el contenido esencial de la dignidad de la persona. En primer lugar, no están amparadas las frases objetiva o formalmente injuriosas, los insultos o las insinuaciones insidiosas y vejaciones –con independencia de la verdad de lo que se vierta o de la corrección de los juicios de valor que contienen-, pues resultan impertinentes –desconectadas de la finalidad crítica o informativa- e innecesarias al pensamiento o idea que se exprese y materializan un desprecio de la personalidad ajena.*

En efecto, si nos basamos en que la esencia inherente del honor resulta de la dignidad humana, hemos de rechazar cualquier ataque que contra éste se dirija, mediando frases abiertamente insultantes, de menosprecio, ofensivas etc.; que no pueden ser cubiertas por la causa de justificación, puesto que se empleo no se ajusta a los términos que han de expresarse cuando en el supuesto de un derecho a la

información y/o de opinión, se levantan ciertas críticas, que no se corresponden con el ejercicio legítimo de un derecho; aunque éstas frases encierren un contenido de veracidad, de forma tal, que se acredita la eminente lesión al honor, con respecto a la personalidad individual y a su integración comunitaria. No existe, en todo caso, un derecho a la "ofensa", impensable en un Estado de Derecho. Así, al expresarse que es claro que está permitido en el ejercicio de las libertades de información y de expresión que se realice una evaluación personal, por desfavorable que sea, de una conducta, pero no lo está emplear calificativos que, apreciados en su significado usual y en su contexto, evidencien menosprecio o animosidad. En otras palabras vejación a la dignidad humana, por eso, los partidarios a un concepto de honor aparente, caen en el equívoco, de supeditar la lesividad de la conducta al carácter no sólo ofensivo del juicio de valor, sino también a la falsedad de su contenido. El hecho de que cierta persona haya cometido una conducta que moralmente puede merecer un reproche social, no justifica que se le agravie a cada momento, con frases de grueso calibre ofensivo; v.gr., cuando una mujer que se dedica al meretricio, es llamada "ramera", cuando esta paseando con su menor hijo en un plaza concurrida.

En segundo lugar, se hace alusión en el acápite 12, el ejercicio legítimo de la libertad de información requiere la concurrencia de la veracidad de los hechos y de la información que se profiere. Debe ejercerse de modo subjetivamente veraz (el Tribunal Constitucional, en la sentencia número 0905-2001-AI/TC, del 14.8.2002, ha precisado al respecto que *el objeto protegido de ambas libertades es la comunicación libre, tanto de los hechos como de las opiniones –incluye apreciaciones y juicios de valor-; y, tratándose de hechos difundidos, para merecer protección constitucional, requieren ser veraces, lo que supone la asunción de ciertos deberes y responsabilidades delicadísimos por quienes tienen la condición de sujetos informantes*). Ello significa que la protección constitucional no alcanza cuando el autor es consciente de que no se dice o escribe verdad cuanto atribuye a otro una determinada conducta –dolo directo-, o cuando, siendo falsa la información en cuestión, no mostró interés o diligencia mínima en la comprobación de la verdad –dolo eventual-. En este último caso, el autor actúa sin observar los deberes subjetivos de comprobación razonable de la fiabilidad o viabilidad de la información o de la fuente de la misma, delimitación que debe hacerse desde parámetros subjetivos: se requiere que la información haya sido diligentemente contrastada con datos objetivos e imparciales.

Las declaraciones propuestas, traen a colación las siguientes inferencias: primero, habrá que decir que la libertad de prensa y el derecho a la información, son labores de primera línea en un orden democrático de derecho, pero cuya legitimación en su actuación, requiere la concurrencia de una serie de presupuestos, a fin de ajustarse al ejercicio legítimo de un derecho, entre éstos, que el informador ha de buscar la obtención de la noticia, pero resguardando la veracidad de la misma, de ahí que se habla de una veracidad subjetiva, que tiene que ver con la conciencia ex –ante del autor, que en su representación ha de dar por cierta la información, siempre que haya verificado su veracidad con la debida comprobación y/o diligencias; segundo, en cuanto al dolo, éste se acredita cuando el autor haya lanzado una información, la atribución de un supuesto hecho delictivo, sin haber contrastado la información, con la intención de menoscabar el honor del ofendido, al margen de que conozca la verdad de la misma, la falsedad no es un elemento del tipo, pues de ser así resultaría en realidad muy complicado, no eximir de pena, a quien profiere un hecho a sabiendas ex –ante de su falsedad, pero luego se comprueba su veracidad.

En lo que respecta al dolo eventual, habría que remitirlo a una conciencia lo suficiente de que la expresión que profiere o hecho que divulga, cuenta con la suficiente aptitud lesiva, pero es del caso, que la falta de indiligencia, mejor dicho el

temerario desprecio hacia la verdad no tiene nada que ver con el dolo eventual³⁸⁰, sino con un elemento a considerar a nivel de la antijuridicidad, *contrario sensu* a la postura anotada, que ha de colegirse con el sentir de reconocer a la “falsedad” como elemento del tipo objetivo, la cual propicia márgenes de impunidad, pues al autor le bastaría alegar que se representó erróneamente la veracidad de la información, aún habiéndola contrastado, lo que conllevaría a un error de tipo vencible, que según el artículo 14º del CP, a no haberse incriminado la variante culposa, quedaría exenta de pena.

Seguidamente, se cita la sentencia N° 6712-2005-HC/TC, del TC del 17 de octubre del 2005, la que precisó que la información veraz como contenido esencial del derecho no se refiere explícitamente a una verdad inobjetable e incontrastable, sino más bien a una actitud adecuada de quien informa en la búsqueda de la verdad, respetando lo que se conoce como el deber de diligencia, y a contextualizarla de manera conveniente; es decir, se busca amparar la verosimilitud de la información. No se protege por tanto, a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúen con menosprecio de la verdad o falsedad de lo comunicado, comportándose irresponsablemente al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones insidiosas; las noticias, para gozar de protección constitucional, deben ser diligencias comprobadas y sustentadas en hechos objetivos, debiendo acreditarse en todo caso la malicia del informador³⁸¹. Entonces, lo que ha de ampararse como una causa de justificación, no es una verdad objetivamente verificada, sino la actitud del autor sobre ella, una veracidad subjetiva fundada en un deber responsable en la búsqueda de la información, un estado de cognición *ex ante*, que trato en la medida de lo posible aproximarse a la verdad objetiva; por ende, quienes actúan de forma deleznable, deslizando hechos y/o juicios negativos de valor, sin un mínimo de rigurosidad en la contrastación informativa, quedan al margen del amparo autoritativo, en vía de la “*actual malice*” desarrollada por la jurisprudencia norteamericana, equivalente al “temerario desprecio hacia la verdad”. Reafirmandose la idea, de que el elemento subjetivo del injusto, en cuanto a la injuria y la calumnia, sólo requiere la presencia del dolo.

Renglón seguido, en el acápite 13, se señala, que otra ponderación se ha de realizar cuando se está ante el ejercicio de la libertad de expresión u opinión. Como es evidente, las opiniones y los juicios de valor –que comprende la crítica a las conducta de otros- son imposibles de probar (el Tribunal Constitucional ha dejado expuesto que, por su propia naturaleza, los juicios de valor, las opiniones, los pensamientos o las ideas que cada persona pueda tener son de naturaleza estrictamente subjetivas y, por tanto, no pueden ser sometidos a un test de veracidad (sentencia del Tribunal Constitucional número 0905-2001-AA/TC, del 14.8.2002). Por tanto, el elemento ponderativo que corresponde está vinculado al principio de proporcionalidad, en cuya virtud el análisis esta centrado en determinar el interés público de las frases cuestionadas –deben desbordar la esfera privada de las personas, única posibilidad que permita advertir la necesidad y relevancia para lo que constituye el interés público

³⁸⁰ . Que de cierta forma tendría un mayor acercamiento con la imprudencia, al revelarse una actuación poco diligente del autor.

³⁸¹ . En el supuesto de “reportaje neutral”, se dice en el mismo acápite, que el deber de diligencia se satisface con la constatación de la verdad del hecho de la declaración, pero no se extiende en principio a la necesidad de acreditar la verdad de los declarado, aún cuando se exige la indicación de la persona –debidamente identificada- que lo proporciona (a éste se le exige la veracidad de lo expresado), siempre que no se trate de una fuente genérica o no se determine quien hizo las declaraciones, sin incluir opiniones personales de ninguna clase. Por lo demás, no se excluye la protección constitucional cuando media un error informativo recaído sobre cuestiones de relevancia secundaria en el contexto de un reportaje periodístico.

de la opinión- y la presencia o no de expresiones indudablemente ultrajantes u ofensivas, que denotan que están desprovistas de fundamento y/o formuladas de mala fe –sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y, por tanto, innecesarias a ese propósito, a la que por cierto son ajenas expresiones duras o desabridas y que pueden molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige.

Entre la libertad de expresión y el derecho a la información, subyace una zona de distinción bien marcada, que incide en la resolución de los bienes jurídicos en conflicto, en cuanto a la prueba de la veracidad subjetiva, en la medida que sólo los hechos como tal –por su naturaleza-, pueden ser sometidos a verificación o a cotejo, a fin de dar por admitida la causa de justificación, lo que no puede tomar lugar en el caso de las expresiones, por su naturaleza plenamente subjetiva.

-Conclusiones

Si la expresión importa ya un menoscabo al honor, decirle “ignorante o bruto” a una persona mediante la prensa, pero si esa persona trata de un funcionario público y, si el calificativo ha de corresponder con una actuación de aquel, en el marco de su función, podrá admitirse la causa de justificación, siempre que no se ingrese al ámbito de lo privado.

Habría que ver el tema de la posibilidad de una indemnización, a pesar de la antijuridicidad penal negada en este caso. Si partimos del principio de unidad del ordenamiento jurídico, en el sentido de que aquello que es permitido en cierta parcela del Derecho no puede ser antijurídico en una disciplina jurídica distinta. La antinormatividad –pues-, la contrariedad a derecho ha de reflejar un análisis global de la antijuridicidad, en el marco de la política-jurídica estatal, que no puede desencadenar respuestas diferenciadas en lo que respecta a la responsabilidad. Por ello, si en el marco de una causa de justificación, v.gr., legítima defensa o estado de necesidad justificante, se comete un comportamiento típico, concretizado en un ámbito de lesión para un bien jurídico, la negación de antijuridicidad penal, también repercute en la esfera indemnizatoria, por lo que no procedería una acción de indemnización extra-contractual, según las normas del derecho privado.

Sin embargo, es de verse que los criterios de responsabilidad, que se desprenden de las diversas ramas del orden jurídico no tienen un basamento plenamente homogéneo. La responsabilidad penal, importa la aplicación de elementos de mayor rigurosidad cuando se determina la imputación delictiva, las categorías de acción y de imputación individual, en lo que respecta a la conducta que puede concebirse como una actuación –libre y consciente- del autor y, el reproche individual, que incide en el poder de evitabilidad, de adecuar el quehacer conductivo al directivo normativos que ordena la realización de una acción y/o la abstención de una, no se corresponde a los criterios que se toman en cuenta en el caso de la responsabilidad administrativa, que apunta casi a una “responsabilidad objetiva”.

La delimitación entre la responsabilidad civil³⁸² y la penal, advierte una zona gris, y a veces confusa, de concreción, por cuanto en la primera se exige precisamente

³⁸² . En palabras de Romero Montes, la responsabilidad civil es un medio que persigue reparar económicamente un daño. Cuando una persona ha sufrido un perjuicio por un acto ajeno, el derecho busca que los aspectos materiales del mismo sean desplazados al autor del daño; *Una visión de los riesgos laborales*. En: Responsabilidad Civil II. A cura de Juan Espinoza Espinoza, cit., p. 85.

la causación de un daño, el nexo de atribución subjetiva (dolo y/o culpa) y, el incumplimiento de un deber, de una obligación, la infracción de un deber de cuidado que debe ser el generador directo del daño producido, es lo que genera la responsabilidad civil. A lo que debe agregarse, que en el caso de la responsabilidad civil, no se requiere que sea el mismo sujeto obligado, quien haya generado la causación lesiva, es decir, se aplica en estos casos, la responsabilidad por cuenta de otro, cuando el autor obra con discernimiento (solidaria por el representante), responsabilidad directa, cuando el autor material es una persona que carece de discernimiento, daño originado por animal, por caída del edificio, originado por un subordinado, todas éstas previstas en los artículos 1975º, 1976º, 1979º, 1980º y 1981º del Código Civil.

En el caso de la responsabilidad penal, la pena responde a un factor eminentemente personal, donde la imputación individual importa un reproche que recae estrictamente sobre aquel, que mediante su acción o una omisión, ha lesionado o puesto en peligro un bien jurídico –penalmente tutelado-. Responsabilidad penal, que no sólo se basa en una actuación directa, o mejor dicho de “propio cuerpo” del autor, pues desechadas las posturas objetivo-formales de la autoría y participación, se da paso a una sustentación “normativa-material”, que se manifiesta en el dominio de la voluntad de la persona de atrás (autor mediato), sobre el hombre de adelante (instrumento), donde el dominio del hecho, que se configura en la materialización delictiva desencadena la responsabilidad penal. Si un inimputable comete un delito, mata a otro, en este caso un oligofrénico, el reproche caerá sólo sobre éste, que por dicha condición psico-física, no será pasible de una pena sino de una medida de seguridad, pero ello no supone para nada, que su representante legal, curador, tutor, puede tener responsabilidad penal alguna, a menos que éste pueda estar incurso en la figura de la autoría mediata.

Cuando la realización delictiva, por ejemplo, la muerte de una persona se produce por obra directa de un animal, sólo podrá haber responsabilidad penal de un individuo, no como autor mediato sino como autor inmediato, al advertirse su utilización –como medio comisivo inanimado- para la perfección del propósito criminal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23º del CP. Finalmente, si el subordinado comete un hecho punible, v.r., el conductor de una empresa de transporte interprovincial arrolla a dos peatones, conduciendo sobre la velocidad normativamente permitida, la responsabilidad penal solo incidirá en su persona. Cuestión distinta, podría darse en el caso del edificio por estado de ruina, pues, si la caída provoca la producción de muertes y lesiones a varias personas, tomaría lugar una imputación subjetiva a título de imprudencia, al constatarse que el dueño no tomó las debidas providencias para estabilizar el foco de riesgo, pese a ser “Garante”, aplicando la cláusula de omisión impropia contenida en el artículo 13º del CP.

Por lo expuesto, en el caso del agente incapaz, del animal y del subordinado, ante la producción de daños sobre la esfera de intangibilidad de ciertos bienes jurídicos, habrán de responder “civilmente”, pero no “penalmente”. Se trata, explica San Martín Castro de la responsabilidad civil indirecta o subsidiaria –tiene su fundamento en el hecho propio del imputado-, a cuyo efecto estos últimos deben ser comprendidos expresamente como partes pasivas para ser afectados en la sentencia (vid.: art. 11), y si no se hace la exigencia de responsabilidad debe hacerse en la vía extrapenal (vid.: art. 99 CP)³⁸³. Quiere decir, entonces, que la distinción incide sobre el factor de atribución de responsabilidad, que en el caso de la “penal” responde a un factor personalísimo.

³⁸³ . San Martín Castro, C.; *Algunos aspectos procesales de la Reparación Civil*. En: Responsabilidad Civil II. A cura de Juan Espinoza Espinoza, cit., p. 35.

A partir de la valoración de la antijuridicidad penal no se puede descartar el carácter antinormativo que se pueda dar en el resto de parcelas del orden jurídico, en la medida que los criterios que se utilizan en el derecho punitivo para llegar a este juicio de valor, son privativos de esta esfera; v.gr., lesividad material, mínima intervención, subsidiariedad, culpabilidad, disvalor de la acción y del resultado, etc. La antijuridicidad penal, por lo tanto, no engloba un juicio totalizador de antijuridicidad que comprenda todas las disciplinas jurídicas³⁸⁴. En palabras de Díez Ripollés, caben por cierto diversas valoraciones jurídicas sobre una misma conducta y no una solución unitaria como propugna un sector de la doctrina: (...) tal exigencia deja de tener sentido cuando se trata de confrontar respecto a una misma conducta, declaraciones de ilicitud de varios sectores jurídicos orientados en perspectivas valorativas no direccionalmente coincidentes; en este caso, si las declaraciones de antijuridicidad difieren, en ningún modo se produce una vulneración al principio de unidad del ordenamiento jurídico³⁸⁵.

Dicho lo anterior, habremos de señalar lo siguiente: en un Estado de Derecho, ha de respetarse la vigencia de los criterios de responsabilidad que guarda cada esfera del ordenamiento jurídico, que en el caso de los delitos contra el honor, ha de estimarse conforme a las consecuencias que un juicio de valor de menosprecio o la atribución de un hecho delictiva, causan a la persona del sujeto pasivo, tanto en las injurias como en las calumnias, cuya veracidad demostrada, no posee aptitud para enervar los efectos perjudiciales de la conducta. En lo que a la causa de justificación se refiere, hemos sostenido, que la valoración positiva del ejercicio legítimo de un derecho, el derecho de información propiamente dicha, está supeditada a la veracidad subjetiva ex –ante y al interés social de la noticia, cuando no se comprueba la veracidad objetiva y cuando esta coincide, de igual forma se apareja en las consecuencias favorables de un precepto autoritativo.

El artículo 1971º, dispone que *no se configura la responsabilidad civil, cuando el autor obra en ejercicio "regular" de un derecho*. Para que pueda darse esta eximente (causa de justificación), habrá de analizarse lo mismo que en sede de antijuridicidad penal, que el autor haya actuado ex –ante con la diligencia debida y la prudencia razonable de un informador cauteloso de buscar la veracidad de la noticia, que posteriormente difunde³⁸⁶; entonces, no podrá hablarse del ejercicio "regular" de un derecho, cuando el informador, propaló el hecho sin haber cotejado la información con otras fuentes de cognición, cuando se basó sólo en rumores, cuando sabía desde un inicio que los hechos eran "falsos" y, cuando desde un inicio, su actuación fue decididamente motivado, por el afán del desprestigio, de la difamación, etc. Cuando ciertos medios de información se venden al mejor postor, por dinero o cualquier tipo de ventaja, promoviendo campañas de difamación contra ciertos personales, al margen de la veracidad que pueda luego comprobarse (exemptio veritatis), de común idea con lo establecido en el artículo 1982º del CC. En estos casos, de entrada cabe una acción de Indemnización por daños y perjuicios, vía una responsabilidad extra-contractual, en un proceso civil de conocimiento.

Quien ha sido injustamente afectado en su honor, tiene en realidad dos vías procesales para elegir: 1) La vía penal, interponiendo una querrela directamente ante el órgano jurisdiccional, donde tendrá una pretensión penal y civil a la vez, que podrá ser objeto de amparo jurisdiccional, pero en este caso, la indemnización está subordinada a la probanza de la responsabilidad penal; pudiéndose en todo caso, solicitar que el medio de prensa sea llamado como tercero civil responsable; y, 2) La

³⁸⁴ . Peña Cabrera Freyre, A.R.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 418.

³⁸⁵ . Díez Ripollés, J.L.; *La Categoría de la Antijuridicidad en Derecho Penal*. En: Política Criminal y Derecho Penal – Estudios, cit., ps. 421-422.

³⁸⁶ . Así, Donna, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., p. 429.

vía civil, donde la pretensión será básicamente la indemnización por daños y perjuicios, donde se deberá probar la concurrencia de los elementos que configuran la responsabilidad civil, en este caso, se persigue únicamente la justicia compensatoria y, no retributiva.

Lo que acabamos de glosar es en realidad importante, en la medida que los delitos contra el honor son perseguibles únicamente a instancia del ofendido, por lo que sus manos estará decidirse por cualquiera de ambas vías, no pudiendo acudir a las dos en simultáneo (cuestión prejudicial), dependiendo de sus objetivos e intereses, si éstos son sólo de reparación, la verdad que la vía civil será la adecuada, pero si quiere ejercer coacción será la vía penal. Coacción sólo en el aspecto procesal, no en puridad desde un aspecto penal, por lo general estos injustos no son sancionados con penas efectivas de privación de libertad. Máxime si en la vía penal, los jueces no están acostumbrados a fijar considerables sumas por concepto de reparación civil. En nuestra opinión, la vía civil puede generar efectos de prevención, de disuasión mayores que la vía penal, al propiciarse un mayor menoscabo en el acervo patrimonial del autor, puesto que en la penal, al saberse que no se impondrá una pena efectiva, la intimidación es menor; podemos decirlo así: *mayor efecto disuasorio podrá general la condena civil, cuando se impone una indemnización cuantiosa, que una condena penal, con una pena suspendida y una reparación civil en realidad diminuta*. De todos modos, la Justicia Penal provoca ciertos efectos simbólicos, que en algunos casos vale la pena preservar.

CAPÍTULO NOVENO

-La postura de los ánimos, como elementos subjetivos que inciden en la atipicidad penal de la conducta (un añadido incompatible con el principio de legalidad)

1.-Consideraciones de orden general

Un injusto fuertemente subjetivizado, producto de la hipervaloración del elemento espiritual y/o anímico del autor, haría aparecer ciertas exigencias de tipicidad subjetiva, ajenas a la esfera volitiva y cognitiva del dolo, que en definitiva no se corresponden con el pensamiento sistemático que gobierna en la actual dogmática penal y, que puridad de la verdad, riñen con una consideración estrictamente constitucional, reflejada en el reconocimiento de los bienes jurídicos fundamentales, cuya oposición entre ellos, debe lugar a un juicio ponderativo, a fin de ajustar un balance entre ambos intereses, sin que ello quepa vaciar de contenido material alguno de ellos.

Como lo demostraremos en las siguientes líneas, de común idea con lo anotado en los apartados anteriores, la exigencia de que concurra el *animus injuriandi* o *difamandi* en los delitos contra el honor, como parte del elemento subjetivo del injusto es a todas luces asistemática, pues no se corresponde con los fines esenciales de un Derecho penal democrático: la protección preventiva de bienes jurídicos –merecedores de tutela punitiva-, y lo que tal vez puede ser más grave, importa una contravención flagrante al principio de legalidad, pues es de verse de los tenores literales de los delitos de injuria, calumnia y difamación, que en sus elementos constitutivos de tipicidad, no se encuentra ningún añadido subjetivo aparte del dolo, que si puede encontrarse en otros injustos penales, como la rebelión, el hurto o la apropiación ilícita, pero como hemos sostenido con corrección en el caso de los delitos contra el honor, basta con el dolo, para poder acreditar la esfera anímica del agente. Dicho en otras palabras, *cuando el legislador ha querido apreciar un diferenciado animus, un dolo duplicado, lo incluye literalmente en la definición penal y cuando no es así elude incidir en el elemento subjetivo*³⁸⁷.

³⁸⁷ . Macía Gómez, R.; *El delito de Injuria*, cit., p. 80.

La inclusión de este elemento subjetivo del injusto, el animus injuriandi o difamandi, cuya existencia se anula cuando aparece los llamados animus informandi, etc.³⁸⁸, no hace más que anular el contenido material de los bienes jurídicos que se ponen en conflicto, cuando se divulgan hechos y/o juicios de valor, a partir del derecho a la información y a la libertad de expresión. En este sentido apunta Soler, se habla del animus retorquendi, narrandi, consulendi, jocandi, corrigendi, etc., como situaciones subjetivas que harían desaparecer el carácter ofensivo y de ciertos hechos, por vía eliminatória³⁸⁹, sistema calificado de empírico por Alimena y Manzini en Italia y, considerado por Ramos como una consecuencia de la errada concepción del elemento subjetivo de los delitos contra el honor entre nosotros³⁹⁰.

Para Roy Freyre, el animus inuriandi llamado también animus difamandi, consiste en la intención que se exprese en forma perceptible o inteligible, o que se induce de las circunstancias, y que está dirigido a lesionar el honor ajeno³⁹¹.

Al margen de la flagrante vulneración al dictado de la legalidad material, se desnaturaliza el ejercicio legítimo de los derechos antes anotados, que se basan en derechos colectivos, frutos de los principios rectores de una democracia plural y participativa, relegándolas a puras estimaciones de orden anímico³⁹², que no se condice con el orden de valores que se desprenden de la Ley Fundamental. Máxime, no me arriesgo en decir, que la inclusión de estos elementos "extraños" y "ajenos" a la legalidad, son utilizados con cortapisa para abrir inmensos espacios de impunidad, so pretexto que el autor actuó bajo el ánimo de informar, o de ceñirse a la libertad de expresión.

En palabras de Ramos, sólo ha servido hasta ahora para eximir de pena a los más peligrosos de los delincuentes contra el honor³⁹³. Sustrayéndose del ámbito de punición confesas conductas lesivas al honor, pues como se dijo, en la esfera subjetiva del injusto, sólo se requiere acreditar, que el autor (informador) sabía que la divulgación de la noticia era ofensiva para el honor del sujeto pasivo, (...) y quiere hacerlas, ha querido necesariamente lesionar el honor de otro y, en todo caso, ha obrado con dolo³⁹⁴, afectando su participación e integración social, si este ha de haber actuado amparado en una causa de justificación, dicho fundamento ha de valorarse en sede de la antijuricidad, bajo parámetros de constatación objetiva, éste deberá probar que actuó de forma diligente y responsable, habiendo cotejado y corroborado la información recabada, por lo que ex ante mantuvo una veracidad subjetiva, que no necesariamente ha de corresponderse con la veracidad objetiva, para poder amparar el precepto autoritativo en cuestión.

El mantenimiento de este esquema tradicional subjetivista del delito de injuria se presente como "político-criminalmente inadecuado y dogmáticamente falso". Lo primero dice Merlo porque conllevaría una considerable desprotección del bien jurídico

³⁸⁸ . Ver al respecto, Merlo, M.E.; *Delitos contra el Honor*, cit., p. 122.

³⁸⁹ . Así, Nuñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, IV, cit., p. 70; Donna, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., p. 457; Jiménez de Asúa, L.; *Tratado de Derecho Penal*, T. III, cit., p. 738; Ver al respecto Cuello Calón, E.; *Derecho Penal (Parte Especial)*, T. II, cit, ps. 698-702.

³⁹⁰ . Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. III, cit., p. 252; Ver al respecto, Gómez, E.; *Tratado de Derecho Penal*, T. II, cit., ps. 351-376.

³⁹¹ . Roy Freyre, L.E.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., p. 429.

³⁹² . Para Nuñez, la verdad es que salvo en el ámbito bastante estrecho del animus iocandi, la mayoría de esos ánimos llevan la cuestión al terreno de la justificación del tipo de la injuria indiscutiblemente realizado; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, IV, cit., p. 70; Ver al respecto Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. III, cit., p. 257.

³⁹³ . Ramos, J.P.; *Los delitos contra el honor*, cit., p. 101.

³⁹⁴ . Merla, M.E.; *Delitos contra el Honor*, cit., p. 123.

honor, y “reducir el delito a su elemento subjetivo favorece la manipulación de la prueba en el proceso, produciendo inseguridad no sólo para la víctima del hecho sino para el propio autor”³⁹⁵.

Como anota Jaén Vallejo, si la realización del tipo exigiera la concurrencia de aquel elemento especial, la mera creencia del autor de estar obrando justificadamente tendría que determinar su exclusión y, por ello, la tipicidad, haciendo inútil la verificación de si concurría o no la correspondiente causa de justificación; en definitiva, todo el problema de la justificación, caracterizado por el conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor, se disolvería al tratar del animus, volviendo de nuevo al conflicto de ánimos y a su resolución a través de presunciones, dados los problemas de prueba que aquél debe enfrentar³⁹⁶.

Entonces, según la posición de los “ánimos” subjetivos del injusto, a parte del dolo en la esfera anímica del autor, se exige una deliberada intención de lesionar el honor del ofendido. Es menester, dice Ramos que exista, al mismo tiempo, en el individuo que profiere la palabra ofensiva o realiza el acto denigrante, la intención de ofender y dañar con la ofensa a la otra persona. El *animus injuriandi*, señala, no consiste solamente en decir o en hacer algo injurioso, sino en hacerlo o decirlo con un fin determinado: para menospreciar, deshonar, desacreditar. Es decir que el *animus injuriandi* lleva implícito en sí el ánimo nocendi (ánimo de producir un daño en el honor la reputación)³⁹⁷.

De lo dicho y, como lo hemos pregonado, se produciría una superposición entre el dolo y el específico “elemento subjetivo del injusto”³⁹⁸, lo que importa una incongruencia sistemática, ajena a la propia estructura normativa de los delitos de injuria, calumnia y difamación, por ello, en franca lesión al principio de legalidad³⁹⁹.

³⁹⁵ . Merlo, M.E.; *Delitos contra el Honor*, cit., p` . 123.

³⁹⁶ . Jaén Vallejo, M.; *Libertad de expresión y delitos contra el Honor*, cit., ps. 201-202.

³⁹⁷ . Ramos, J.P.; *Los delitos contra el honor*, cit., p. 104.

³⁹⁸ . A decir de Bacigalupo, es evidente que todo el que sabe que sus manifestaciones serán lesivas al honor, y quiere hacerlas, habrá querido necesariamente lesionar el honor de otro. Consecuentemente, el ánimo de injuriar y el dolo se superponen de una manera total y completa; *Colisión de derechos fundamentales y justificación en el delito de injuria*, REDC, Nº 20, 1987, cit., p. 88; En palabras de Maciá Gómez, mantener la necesidad de concurrencia de dos dolos o de un dolo duplicado en una misma acción puede generar una situación penalmente extraña en la que permanentemente hay que desentrañar elementos de vinculación, de necesidad o de suficiencia entre ambos elementos culpabilísticos; *El delito de Injuria*, cit., p. 80; Ver al respecto, Berdugo Gómez de la Torre, I.; *Límites entre Libertad de Expresión y Derecho de Personalidad*, cit., ps. 302-304.

³⁹⁹ . Resulta interesante, lo que Salinas Sicchia, señala al respecto: “(...), por el principio de legalidad, en nuestra legislación, por la forma como se ha tipificado los delitos de injuria, difamación y calumnia, el *animus injuriandi* o *difamandi* constituye o integra el contenido del elemento cognoscitivo del dolo. Renglón seguido, señala lo siguiente: “(...) en modo alguno se lesiona el honor de las personas si no aparece el dolo o animus de injuriar o difamar en el agente. Los delitos contra el honor no se configuran sino cuando las expresiones o frases injuriantes se emiten con el animus, intención o dolo de ofender el amor propio de la persona o en su caso, de lesionar su buena fama o reputación ante los demás”; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 275; de dicha posición se extraen las siguientes consecuencias: primero que en estos delitos el elemento subjetivo del injusto no se satisface con el dolo, sino que se debe agregar los referidos ánimos que expresan la intención de ofender a la persona; por tanto, el dolo abarcaría la esfera cognoscitiva y el animus injuriandi o difamandi habría de abarcar la esfera volitiva, lo que supone una disgregación del dolo; tercero ello supondría que ambos elementos son complementarios, lo que dogmáticamente es incorrecto y lesivo al principio de legalidad, pues únicamente se requiere el dolo, la conciencia y se quiere la voluntad de verter una frase ofensiva o de atribuir un hecho delictivo, al margen de su veracidad objetiva, sabiendo de sus efectos perjudiciales para su posición en el colectivo social. De modo alguno,

Como apunta Queralt, el animus inuriandi no es más que la plasmación del dolo en esta constelación delictiva, se trata de la coloración del dolo, no de un nuevo elemento del injusto.

Así, en la presente ejecutoria recaída en el Exp. N° 7720-97-Lima: *"El delito de calumnia requiere como aspecto subjetivo de los mismos la presencia del animus injuriandi, respecto del cual la dogmática penal, señala la posibilidad de superposición de otro ánimo excluyente de la intención injuriosa es consecuencia de la propia naturaleza de este delito. En efecto como delito de tendencia, desaparece la ilicitud del acto cuando este se ejecuta con otra intención distinta de la de injuriar. Este es el problema de los peculiares animus que excluyen el animus injuriandi. Se estima como ánimos incompatibles con el ánimo narrandi, el informandi, el corrigendi. Agregando luego que el animus narrandi excluye la injuria, cuando la expresión se pronuncia para relatar su suceso, y el animus corrigendi, que excluye la intención injuriosa de las expresiones que tienen por objeto señalar y corregir vicios o defectos"*⁴⁰⁰.

La profesa sobre-valoración del elemento subjetivo del injusto, tiene que ver con el desarrollo dogmático patrocinado con el Neo-kantismo y, de forma decidida con el finalista, como ulterior concreción de la espiritualización del Derecho penal; en los primeros ante un injusto aún "objetivizado", no se daba una correspondencia coherente con la proposición teórica, pero en cambio con el finalismo, de dota a la acción humana, con el factor final (estructura lógico-objetiva), la consecuencia de ello era una consecuencia clara de la "subjetivización" que habría de experimentar el tipo del injusto⁴⁰¹.

No podemos dejar de lado, que dichos ánimos fueron incorporados en la doctrina por Mezger, quien profesaba en su teoría un concepto del injusto –objetivado–, en principio, para luego completarlo con una culpabilidad dígame "subjetiva", por lo que el dolo habrá de situarse en el reproche culpable, no habiendo problema, entonces, de que este "ánimo", sea incluido en la tipicidad penal, de manera tal, que no habría una superposición entre uno y otro. Como decía Jiménez de Asúa, este *animus*, como cualquier otro elemento subjetivo de lo injusto, nada tiene que ver con el "dolo específico"⁴⁰². Evolucionada la ciencia penal a un desarrollo científico más depurado, gracias al empujón del finalismo, habría de dejar sentado que el dolo forma parte de la tipicidad penal, por ende, la añadidura del referido ánimo, no hace mas que reiterar lo que el primer elemento subjetivo ya expresa de por sí.

Se pretende añadir un determinado "móvil", que resulta innecesario, en vista de que basta con que el autor conozca que su frase o la atribución del hecho es perjudicial para el honor de un individuo, al margen de su falsedad o veracidad. De modo, pues, que si alguien divulga un hecho difamatorio lesivo del honor de cierta persona, por más que no obre con voluntad deliberada y ofensiva contra la víctima, sino exclusivamente para satisfacer una fácil propensión suya a la murmuración y al comadreo, debe considerarse que existe el delito de difamación, sea por la subjetividad que revela el hecho de herir conscientemente el honor ajeno, sea porque todo

dichos ánimos son complementos del dolo, su inclusión no hace más que promover el decaimiento de los fines preventivos generales de la norma de sanción así como abrir una grieta inmensa de impunidad, pues basta que a estos ánimos se superpongan los narrandi, informandi, etc., para eliminarlos. Por otro lado, se erigen en un obstáculo para que los conflictos entre el derecho de informar y el derecho al honor puedan ser resueltos en la vía de la antijuridicidad penal, con la repercusión que todo ello tiene en las funciones tutelares del Derecho penal para con los bienes jurídicos personalísimos.

⁴⁰⁰ . Gómez Mendoza, G.; *Código Penal*, cit., p. 76.

⁴⁰¹ . Así, Schünemann, B.; *Introducción al Razonamiento sistemático en Derecho Penal*, cit., ps. 52-57.

⁴⁰² . Jiménez de Asúa, L.; *Tratado de Derecho Penal*, T. III, cit., p. 739.

individuo debe estar amparado contra las engañosas e infamantes divulgaciones de otros⁴⁰³.

Parafraseando a Nuñez, de esta manera las palabras, frase o acto más deshonoroso o desacreditador, según su significado gramatical, social o circunstancial, podría perder ese significado y convertirse, con arreglo al ánimo con que el autor haya obrado, en algo que no es deshonoroso o denigrante para su destinatario. Así, por ejemplo, dice el autor, si la ex patrona, conforme a la verdad y de la buena fe, le hiciera conocer a la nueva, en la consulta sobre la cocinera que se le ha ofrecido, que ésta es una ratera, nada habría dicho perjudicial para el crédito de la víctima, porque habría obrado con animus consulendi; o si, para corregirlo, el tutor le reprochara al pupilo que su conducta es la de un bribón, el animus corrigendi de aquél produciría el efecto mágico de que ni los terceros ni el pupilo podrían interpretar que el autor le dijo seriamente haragán al corregido, y éste no podía encontrar en el término nada ofensivo, ni podría temer que los terceros lo aprecien menos; o si con animus defendendi se le dijera al tercero “el ladrón fuiste tú”, la frase no diría nada peyorativo para el honor de la víctima⁴⁰⁴.

Con lo antes expuesto, la doctrina más reconocida, pone al desnudo, como la teoría de los “ánimos”, en el ámbito de los delitos contra el honor, propone soluciones de “atipicidad penal”, cuando la agresión a dicho bien jurídico es más que evidente, propiciando a la vez, un debilitamiento significativo de las tareas tutelares del Derecho penal, quedando claro, que la lesividad de la conducta no puede estar subordinada a la “falsedad” del juicio personal y/o a la atribución del hecho punible, sino que ya el ataque que signifique un menosprecio a la dignidad personal, afectando la integración comunitaria del individuo, es merecedora y necesitada de pena, al menos que concurra una causa de justificación. La colisión de bienes jurídicos fundamentales, como plano ius-constitucional, no puede ser reducido a esta teoría, tanto por su inconsistencia dogmática como su invalidez político criminal, tomando en cuenta el contenido del bien jurídico protegido. Como pone de manifiesto García Pablos, este planteamiento del conflicto de ánimos sustrae la dimensión valorativa del problema, pues (...), no se trata de solventar un mero conflicto de móviles (ánimo de injuriar y ánimo de informar o criticar), sino de acudir al plano objetivo e institucional de los principios generales y de afrontar en ese contexto los aspectos normativo-valorativos y políticos en toda su complejidad⁴⁰⁵.

En el marco de una dogmática apuntalada a los fines del Derecho penal, a la protección preventiva de bienes jurídicos, la tipicidad penal sólo supone la correspondencia que debe subyacer entre los planos objetivos y subjetivos y, este juicio se verifica únicamente cuando el agente exterioriza una conducta que manifiesta una lesión y/o aptitud de lesión de un determinado bien jurídico, donde el tipo subjetivo del injusto se reduce al conocimiento del riesgo no permitido que con su comportamiento esta creando el autor, para con la indemnidad del interés jurídico (dolo)⁴⁰⁶; que lo haga de forma deliberada, intención, con maldad, menosprecio, es una cuestión adentrada al espíritu que ningún interés ha de tener para dar por

⁴⁰³ . Ramos, J.P.; *Los delitos contra el honor*, cit., p. 114.

⁴⁰⁴ . Nuñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, IV, cit., p. 70.

⁴⁰⁵ . Citado por Jaén Vallejo, M.; *Libertad de expresión y delitos contra el Honor*, cit., p. 201.

⁴⁰⁶ . A decir de Soler, es evidente que la acción injuriosa debe apoyarse en el conocimiento positivo del valor ultrajante de la expresión, acompañado de la voluntad de proferir la palabra, no obstante ese conocimiento y a pesar del significado que la palabra adquirirá al ser empleada; *Derecho penal argentino*, T. III, cit., p. 254; Para Carrara, citado por este último, “el dolo consiste en saber que con aquel acto se viene a herir la reputación del ser humano, aunque no se proceda con explícita malignidad, malignidad que suele no acompañar a la corriente maledicencia; idem.

acreditada la conducta típica. *Contrario sensu*, estaríamos permitiendo una disminución significativa de los fines preventivo-generales que deben desplegar las normas jurídico-penales.

En la ejecutoria recaída en el RN N° 724-2005-Lima, emitida por la Sala Penal Permanente, se sostiene en el Considerando Cuarto, lo siguiente: *"Que la sentencia de vista estima que no existe prueba del dolo, de ánimo de injuriar y difamar, (...), que sin embargo, como ya se anotó, es de diferenciar el momento de la agresión denunciada de las expresiones que profirió ante los medios de comunicación social, pues éstas son independientes del hecho violento; que como se sabe, -desde las exigencias probatorias- los hechos internos como el dolo y demás elementos subjetivos se infieren a partir de indicadores externos, en este caso, de las palabras proferidas por el agente, y -desde la perspectiva del Derecho Penal- el dolo sólo requiere que el autor haya tenido conocimiento del peligro concreto que deriva de su acción para los bienes jurídicos; que es evidente que las expresiones proferidas por el imputado son ostensiblemente ofensivas, pues califican expresamente al querellante de coimero e indican que cometió una conducta indebida, ética y socialmente reprobable, de apoderarse de determinada cantidad de dinero aprovechándose de su posición de dominio institucional y del contrato que debía suscribirse con el encausado, de modo que no podía ser ajeno al imputado la potencialidad lesiva de sus expresiones"*.

El móvil del *animus injuriandi*, vendría a expresar la mala fe en la cual actúa el autor de la conducta, la malicia si se quiere decir que motiva al agente a proferir la expresión injuriosa. La aceptación del móvil, cuando haya una causa honesta del decir y cuando el imputado la pruebe, es la eliminación de ese ánimo ambiguo y confuso, que ningún tratadista ha definido con claridad desde que hay un derecho penal doctrinario en el mundo⁴⁰⁷.

Mezger, escribe que para la injuria es necesario y suficiente, normalmente, el dolo correspondiente⁴⁰⁸; sin embargo, luego señala que de este dolo debe distinguirse la intención de injuriar (el llamado *'animus iniurandi'*), esto es, la intención del autor de socavar al autovaloración de una persona o de humillar su sentimiento de honor. Juega un papel sólo dentro de condiciones determinadas (...), pero no pertenece, en principio, al concepto de injuria⁴⁰⁹.

2.-En orden a las justificaciones de la utilización de los ánimos

¿Cuáles serían los factores que inciden o hayan incidido, en exigir estos ánimos específicos del injusto, para poder acreditar la tipicidad penal en los delitos contra el honor? Primero, si apuntamos a un origen doctrinario, como se dijo, debemos remitirnos a posiciones dogmáticas propias del Neo-kantismo y el Finalismo y, el hecho de que sea así, no puede llevar a la inferencia de que su inclusión en sede de tipicidad penal sea correcta. Máxime, si se trata de posturas teóricas, que fueron propugnadas hace más de 50 años atrás, cuando los modelos de Estado y de la sociedad, eran estructurados bajo perspectivas distintas a los concebidos hoy en día, bajo argumentaciones también filosóficas, que no pueden tener una cabida correcta en el pensamiento dogmático del tercer milenio; lo que no obsta a que deba reconocerse las bondades que cada una de ellas trajo en su momento a la ciencia del Derecho penal. Pero, en la actualidad rige un pensamiento sistemático-racional, que hunde sus raíces en posturas normativas-ontológicas, que tiendan a sintetizar la búsqueda por un

⁴⁰⁷ . Ramos, J.P.; *Los delitos contra el honor*, cit., p. 108.

⁴⁰⁸ . Mezger, E.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 145.

⁴⁰⁹ . Mezger, E.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 146.

modelo que pueda unir armoniosamente los principios jurídico-penales (dogmática), con los cometidos de la política-criminal, que hayan de incidir en la función principal del derecho punitivo: la protección preventiva de bienes jurídicos, pero dicha prevención debe ajustarse al orden de valores que se desprenden de los principios rectores del Derecho penal, de acorde a un Estado Social y Democrático de Derecho.

Lo que debe juzgar y valorar negativamente el Derecho penal, de acuerdo a la garantía de un Derecho penal del acto con una culpabilidad por el acto, es la exteriorización, la manifestación de un comportamiento que lesione un bien jurídico y, que la conducta del autor haya estado impulsada por el saber del riesgo no permitido por parte del autor. En una sociedad de hombres, donde las normas se rigen por una expectativa de ciertos comportamientos del “deber ser”, la imputación delictiva debe reposar en la infracción de ciertas posiciones sociales, conforme a individuos que deben comportarse de forma valiosa y, cuando se contraviene las normas, sean éstas prohibitivas o de mandato, lo que ha de cuestionarse es porqué el individuo no se comportó de acuerdo al directivo de conductas contenido en la norma, dando lugar al juicio de imputación objetiva y de imputación subjetiva, de exteriorización objetivas y de interiorización personal, donde su plena correspondencia supone un juicio afirmativo de tipicidad penal⁴¹⁰. Empero, no se requiere descender al mundo espiritual del ser humano, para acreditar el tipo subjetivo del injusto, puesto que el dolo es un elemento que sólo demuestra una vinculación personal más no anímica o espiritual.

Ramos alega, en cuanto a las válvulas de escape en la teoría del *animus injuriandi*, se debe a que los magistrados, en nombre de la tradición (...), cuando se encuentran en presencia de un hecho que no revela claramente la absoluta limpieza de procedimientos en el ofendido, acuden a la doctrina del *animus injuriandi* para no tener que decir: no hay delito, donde realmente lo hay⁴¹¹. En el Perú, tal vez sea aventurado decirlo, pero de todos modos habrá que decir lo siguiente: parece que los juzgados y Tribunales se encuentran anclados en una posición teórica pretérita, de antaño, arraiga en doctrinas orientadas hacia una subjetivización del injusto, de escudriñar en las esferas lógico-objetivas del autor, ora por dejadez teórica, de no ajustar su actuación jurisdiccional a los dictados de una dogmática penal que tiene por principal basamento el principio de legalidad, en cuanto a los criterios de interpretación normativa que han de seguirse en el juicio de tipicidad penal, añadiendo un elemento “ajeno” a la construcción normativa de los delitos contra el honor, contrario al plano axiológico que irradia la Ley Fundamental con respecto a la colisión de bienes jurídicos; tal vez también como una forma poco “elegante” –intelectualmente hablando-, para dar paso a la impunidad, ante evidentes conductas lesivas al honor.

En palabras de Soler, para que una figura deba considerarse integrada por un fin especial es necesario que ese fin sea positivamente contenido en la ley como cualquier otro enunciado de la figura⁴¹².

Ramos cita a Florian, quien señala lo siguiente: *“La dignidad y la reputación representan un derecho del ciudadano ante la colectividad. Son bienes que hasta pueden ser apreciados económicamente muchas veces. El individuo les debe su posición en la jerarquía social. Quedándose en una esfera puramente jurídica, sin traspasar los límites de la esfera ética y social, diré que cada uno tiene el derecho que se respete ese patrimonio suyo, por más que represente una usurpación, por no coincidir con la dignidad con el respeto que el individuo merece y por no responder la reputación a la verdad. Sin embargo, este derecho puede ser limitado por una*

⁴¹⁰ . Así, Ramos, apuntando, que (...) el *ánimus injuriandi*, elemento subjetivo, intención de injuriar, se desentraña del elemento objetivo, lo mismo que en los demás hechos delictuosos; *Delitos contra el honor*, cit., p. 127.

⁴¹¹ . Ramos, J.P.; *Delitos contra el honor*, cit., p. 126.

⁴¹² . Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. III, cit., ps. 252-253.

*necesidad o utilidad social contrarias a él. A esto corresponde un segundo concepto. Todo ciudadano tiene el deber de respetar esos bienes ajenos, mientras ese respeto no esté en conflicto con un deber que se debe cumplir y con un derecho que se debe ejercitar*⁴¹³.

Es decir, un cúmulo de factores, que felizmente, se están superando, producto de una actitud jurisprudencial de mayor rigor científico por parte de los altos Tribunales de Justicia y, por obra de un óptimo desarrollo sistemático de la dogmática actual, que habrá de rechazar cualquier intento por incluir en el marco de la tipicidad penal, elementos ajenos a su composición normativa. Así también, para cautelar los fines esenciales del Derecho penal, que se concretizan en las normas jurídico-penales.

-A modo de Conclusión

En resumidas cuentas, la mejor doctrina se muestra conteste a admitir la teoría de los “ánimos”⁴¹⁴, como una forma de excluir la imputación subjetiva de los delitos contra el honor, por ser una posición fuertemente arraigada en la concepción subjetivista del injusto, que no se condice ni con el plano institucional (constitucional), que ha de resolverse cuando se advierte un conflicto de bienes jurídicos fundamentales (el honor con el derecho a la información), así como por su contravención flagrante al principio de legalidad material, conforme es de verse de las composiciones típicas de los delitos en cuestión, ninguno de ellos hace referencia normativa a dicho ánimo del injusto, sólo tiene cabida el dolo, el cual supone el conocimiento virtual y actual, de que el juicio de valor (manifestación injuriosa) que se profiere y/o la atribución del hecho delictivo que recae sobre el ofendido, resultan lesivos al honor, por lo que ambos elementos subjetivos se superponen, siendo innecesario que se deba incluir en la valoración normativa a los referidos ánimos, que han de excluirse cuando concurren los que en principio serían parte de la antijuridicidad (*narrandi, criticandi, difamandi*, etc.).

La resolución que se ajusta al orden de valores reconocidos en la Ley Fundamental, de común idea con los fines esenciales del Derecho penal, constituye la ponderación de bienes jurídicos en conflicto, que sin renunciar a la tutela del honor, pone en preferencia la tutela a la libertad de expresión y al derecho a la información, en vista de que estos dos últimos intereses son de naturaleza colectiva, resultando fundamentales bajo el modelo de una sociedad democrática de derecho, plural, libre y tolerante, que requiere la formación de una opinión pública veras y objetiva, en los temas de mayor trascendencia social y política, por ello, es que la causa de justificación sólo adquiere legitimidad, cuando se trate de noticias de “interés social”, que de cuño sean necesarias para el mantenimiento de una sociedad democrática, bajo el paradigma del bien común; por lo que, la conducta típica, lesiva al honor, es eliminada por la concurrencia de una causa de justificación (ejercicio legítimo de un derecho)⁴¹⁵.

Causa de justificación, que se concreta con el ejercicio legítimo de un derecho, cuya actuación no sólo autoriza a los hombres de prensa, sino a cualquier individuo, que en uso de un derecho constitucional, ponga a la luz un hecho que sea de relevancia pública. Sin embargo, no cualquier actuación noticiosa, ha de quedar

⁴¹³ . Ramos, J.P.; *Delitos contra el honor*, cit., p. 131.

⁴¹⁴ . Así, Jaén Vallejo, M.; *Libertad de expresión y delitos contra el Honor*, cit., p. 80; Maciá Gómez, R.; *El delito de Injuria*, cit., p. 81.

⁴¹⁵ . Maciá Gómez, R.; *El delito de Injuria*, cit., p. 83.

amparada bajo los efectos eximentes de la causa de justificación, sino sólo aquella actuación diligente, responsable y ponderada, que mediando actos de investigación, cotejo de información haya arribado a un cierto conocimiento del hecho, por lo que se habla de una “veracidad subjetiva”, de la actitud del autor frente a la noticia, un conocimiento ex ante, que si luego no corresponde con la “veracidad objetiva”, no ha de incidir en un juicio negativo de la antijuridicidad, siempre que el elemento subjetivo de la causa de justificación, el cual debe de abarcar únicamente, que se esta frente a un precepto autoritativo y, que el hecho es de “interés público”, no cubre, por tanto, la “no falsedad” del hecho, pues de ser así, sólo quedarían fuera del ámbito de punición, aquellas imputaciones que son en realidad “verdaderas”, lo que no se colige con el plano institucional que reviste la solución propuesta.

De esta forma, aquellas imputaciones que desde principio eran falsas, bajo la creencia del autor, o que se dudaba sobre su veracidad, pero en ninguno de ambos casos, se efectuó un riguroso examen sobre su real veracidad, no podrán ser amparadas bajo el precepto permisivo, aún si a posteriori se demuestra su no falsedad, en la medida, que el Derecho no puede exonerar de pena, a quien actuó con “temerario desprecio hacia la verdad”, deslizando atribuciones, expresiones y/o imputaciones de hechos, sin haber realizado una mínima constatación informativa, basándose en meros rumores o fuentes desacreditadas, a quien poco o mejor nada le importó que el honor de una persona pudiese quedar lesionado. Máxime, si la falsedad no es un elemento “objetivo” de tipicidad, a pesar que desde una mera visión legalista así aparezca. En el caso de las expresiones y/o opiniones, a diferencia de lo que acontece con los hechos, no son susceptibles de ser objeto de la prueba de la verdad, porque importan estimaciones personales, propias de la persona, las cuales serán injuriosas por el solo hecho de menoscabar el honor, al margen también de su veracidad, siempre y cuando resulten lesivas a la integración social del ofendido, es decir, que se dirijan con un afán ofensivo, que desborden el plano del riesgo permitido, cuya exoneración de pena, a pesar de su acreditada tipicidad penal, en sede de antijuridicidad se demuestre de que la expresión se baso en el marco de la libertad de expresión, de conformidad con los principios de razonabilidad y de proporcionalidad, de que la frase era adecuada en un contexto determinado y, que no supuso una manifestación en realidad insultante⁴¹⁶.

La interpretación normativa de los tipos penales no sólo puede sostenerse desde una consideración dogmática, intra-sistemática, requiriéndose para ello, una síntesis de deducción a partir de coordinas político criminales, lo que incide en una postura dogmática, que toma en cuenta una circunstancia particularizada, en este caso, el conflicto de bienes jurídicos fundamentales. Si asumimos que la “falsedad” es un elemento de tipicidad objetiva, muchas conductas abiertamente ofensivas, lesivas al honor, quedarían cubiertas por un manto de impunidad, en otras palabras: vaciaríamos de contenido al honor de la personas, debilitando de forma significativa los efectos preventivo-generales de las normas jurídico-penales. Sería suficiente que el autor, alegase que no estaba seguro de la falsedad de la imputación, para estar incurso en un error de tipo, generando una exoneración de pena en virtud del artículo 14º del CP; por otro lado, siguiendo la postura anotada, la exceptio veritatis, sería una causal de atipicidad, lo que en definitiva pondría en una posición disminuida al ofendido, cuyo honor podría verse permanentemente puesto en duda, cuando el autor decide probar la veracidad de la imputación en el proceso especial de querrela.

⁴¹⁶ . De conformidad con dicha distinción, el análisis de la forma como actuó el autor, en lo que respecta a contrastación de la veracidad subjetiva, conforme a la realización legítima de un derecho y la relevancia pública de la noticia, sólo habrá de incidir en el plano de los hechos.

La exceptio veritatis no tiene legitimidad alguna en un Estado Social y Democrático de Derecho, quien saber que un funcionario público, ha cometido un delito y, tiene en su poder pruebas para acreditarlo, tiene que hacer uso de los mecanismos que regula la Ley y la Constitución, no se puede dejar el honor al libre arbitrio de las personas. Si bien la actuación pública debe ser objeto de fiscalización y control ciudadana, sobre todo, cuando se trata de hechos de trascendencia pública, no es menos cierto que la Ley cuenta con los mecanismos legales, para que dichos hechos sean objeto de investigación y de persecución penal. Dicho esto con respecto a la injuria y la calumnia. Con ello, se daría un premio a quienes actuaron de forma irresponsable e indigente. En definitiva, mediando esta postura, no es posible garantizar un adecuado balance entre el derecho al honor del ofendido y el derecho de información que le asiste al autor.

CONCLUSIONES FINALES

-La función esencial del Derecho penal es la protección preventiva de bienes jurídicos, para tal efecto el legislador ha de conceder tutela punitiva a todos aquellos intereses que resultan vitales para la autorrealización de la persona humana y para posibilitar su participación en con concretas actividades socio-económico-culturales.

-Bienes jurídicos que para ser merecedores de ampara penal, deben de gozar de reconocimiento constitucional –sea de forma directa o indirecta-; empero ello no es suficiente, pues por añadidura, han de revelarse conductas que por su significativa nocividad social, hayan de afectar su plena realización, para el titular de aquellos; cuestión importante, en orden a cautelar los principios de subsidiariedad y de ultima ratio, características fundamentales de un Derecho penal democrático.

-En el marco de la teoría del bien jurídico, aparecen los intereses que son propios de la persona humana, que se glosan en la idea del Derecho penal nuclear, constituyendo la base medular del ser humano, conditio sine qua non para que el individuo pueda desarrollar el resto de bienes jurídicos que el ordenamiento jurídico le reconoce, como portador de derechos subjetivos-

-El derecho al honor, aparece como un bien jurídico inherente a la condición de persona humana, cuyo estudio evolutivo por parte de la ciencia penal, ha sido objeto de una transformación permanente, fruto de las transformaciones estructurales que ha sufrido el Estado y la sociedad; de las relaciones del individuo para con el sistema estatal, el renacimiento de su libertad, como colofón de una cultura humanista traída a más por el desarrollo del modelo ius-constitucional.

-En un Estado Social y Democrático de Derecho, gobernado por la tolerancia, por la pluralidad ideológica, y, sobre todo, por el principio constitucional de Igualdad, importa reconocer el honor –como derecho subjetivo-, propio de la calidad de persona humana, por lo que todo individuo, al margen de su condición económica, social, cultural, étnica o sexual, es portador de dicho bien jurídico, por lo tanto, posible sujeto pasivo ante la comisión de dichos injustos.

-Las primeras concepciones jurídico-penales, que se construyeron sobre el bien jurídico tutelado en los delitos contra el honor, habría de acoger una postura fáctica, referida al "honor aparente", comprendiendo una vertiente objetiva y otra subjetiva; la primera de ellas referida a la estimación (prestigio) valorativa de la sociedad hacia el individuo y, el segundo de ella, enmarcado en la esfera de auto-estimación personal, que por su relatividad y falta de correspondencia con la realidad, ha de caer en posiciones demasiados subjetivas, así como la obtención de grados de tutela, conforme a la propia estimación del sujeto. Se incide en el denominado "prestigio social", que no siempre ha de condecirse con la verdadera "honorabilidad" del sujeto; no siempre van a coincidir la estimación personal con el prestigio social, lo que al postre termina erosionando el principio de igualdad constitucional.

-A fin de corregir los errores de la posición fáctica, surge la postura normativa, que tiene como piedra angular la dignidad humana, esto quiere decir, que todos los individuos son portadores de honor, de conformidad con el reconocimiento constitucional. El desarrollo de la personalidad, cuyo contenido está vinculado con el cumplimiento de los deberes ético-sociales; por ende, dicho atributo puede verse disminuido cuando, como consecuencia del comportamiento del propio individuo, que le puede quitar el carácter ofensivo de la manifestación supuestamente injuriosa. Se habla, entonces, de un "honor merecido", pues la reputación social hay que ganarla para merecer protección jurídico-penal. Punto de la cuestión, que implica una remisión al campo de la estimación social, del colectivo, ingresando al mismo criterio utilizado por las posiciones fácticas, que por su evidente "relativismo", no pueden proporcionar soluciones ajustadas a los cánones de un orden democrático de derecho.

-Nuestra posición con respecto al bien jurídico tutelado en los delitos contra el honor, ha de corresponderse a una concepción normativa-funcional; normativa, en tanto parte de la premisa fundamental, de reconocer el derecho al honor en todos los individuos, desechando toda clase de discriminación, consustancial a la dignidad humana y la vigencia irrestricta del principio de igualdad constitucional. Funcional, en tanto la afectación al bien jurídico, o mejor dicho la calificación jurídico-penal de la conducta, ha de medirse conforme la neutralización, afectación y/o merma de la posición social del ofendido, concretamente en el ámbito de las relaciones inter-sociales. Cuestión que supone también, que dicho bien jurídico, pueda alcanzar grados de desarrollo, de acuerdo a la proyección vital del individuo en sociedad, lo que incide en el juicio de antijuridicidad penal (lesividad), más no en lo referente a determinación típica de la conducta.

-Aquellas frases despectivas, de menosprecio, juicios de valor que recaen de forma de negativa en la dignidad humana han de recalar en un juicio positivo de tipicidad penal, aún cuando su contenido se corresponda con la veracidad de las cosas y, ello es así, en la medida, que el honor parte de la funcionalidad y, aquella podrá verse afectada, sea verdad o falsas, las atribuciones que se hagan sobre un individuo, sino fuese así, el orden punitivo estaría legitimando el insulto, la ofensa y la denigración humana, algo inconcebible en un sistema jurídico-estatal que tiene por base medular a la persona humana y su dignidad. No puede decirse que existe un derecho a ofender, cuando las frases de condigan con la verdad de las cosas, hacerlo supondría vaciar de contenido material un bien jurídico tan importante como el honor, desnaturalizando las relaciones de los bienes jurídicos, sus conflictos en el marco de la antijuridicidad penal, acorde a los valores que se desprenden de un plano estrictamente constitucional.

-La aptitud objetiva de lesión al bien jurídico tutelado, no está condicionado de ninguna forma a la veracidad o no de la información que se propala, sino a su idoneidad para afectar la integración social del sujeto pasivo, en cuanto a su grado desvalorativo; claro que la relevancia jurídico-penal, habrá de establecerla también de acuerdo al marco social, la calidad del sujeto pasivo, etc., en orden a garantizar la necesidad y el merecimiento de pena.

-En el caso del delito de Injuria, el contenido de la expresión ofensiva puede ser falso o verdadero, en tanto la lesividad de la conducta no está condicionada a ello, sino a la real afectación de la integración comunitaria del sujeto, dependiendo para ello de las circunstancias y el lugar donde se profiere la frase.

-En lo que respecta al tipo subjetivo del injusto, en el caso de la injuria, basta con el dolo: conciencia de la entidad injuriosa de la expresión, de quien obra para atacar el honor ajeno, conociendo perfectamente la viabilidad de la ofensa, no hay necesidad por tanto de la inclusión del animus inuriandi.

-En el tipo penal de Calumnia, el dolo sólo ha de abarcar el conocimiento de que se esta atribuyendo un hecho, que resulta lesivo al honor de una persona, al margen de su veracidad, es decir, de su correspondencia con la realidad, pues ya con ello, se vera mermado su posición social en relación con sus congéneres; de no ser así, al tener que admitirse el error de tipo en algunos casos, un sin fin de conductas, de por si lesivas, se sustraerían del ámbito de punición, propiciando un debilitamiento significativo de la tutela al honor.

-Quienes sostienen que la falsedad es un elemento objetivo de tipicidad, deben concluir que la exceptio veritatis, es una causal de atipicidad, desnaturalizando la estructura jurídica de dicha exención de pena.

-La institución de la «exceptio veritatis» (prueba de la verdad), es de rancia abolengo, traído a mas en el Derecho romano como germánico, donde la necesidad por la transparencia de la actividad pública, se superpone el honor de las personas, sobre todo, cuando ejercen una actuación estatal. Institución que no tiene cabida en el marco de un orden democrático de derecho, pues si los ciudadanos saben que se ha cometido un delito, tienen el deber de denunciarlo antes las instancias estatales competentes. Su vigencia contraviene el principio constitucional de presunción de inocencia, pues nadie puede ser dado como culpable, si previamente no se ha realizado un juicio de cargo que haya podido enervar el estado presuntivo de inocencia que asiste jurídicamente a todo imputado.

-La naturaleza jurídica de la exceptio veritatis reposa en consideraciones de orden político criminal, concretamente en una excusa absolutoria de naturaleza objetiva, que tiene como fundamento el interés del Estado, en cuanto a la persecución y sanción de los delitos, sobre todo los cometidos por funcionarios y/o servidores públicos en el ejercicio de sus funciones.

-En la práctica, la excepción de la prueba de la verdad, detenta un radio de operatividad no muy amplio, en los casos que se revele que el hecho atribuido como "delictivo" o de una determinada cualidad valorativa, no se advierta su correspondencia con la realidad de las cosas, cuando el hecho es objetivamente verdadero pero subjetivamente inveraz. En un Estado de Derecho no se puede premiar

con semejante privilegio, a quien tuvo una actitud plenamente indiferente sobre el honor de una persona.

-Una sociedad democrática de derecho, basada en el pluralismo ideológico y en la tolerancia, tiene como principal baluarte: el derecho a la libertad de expresión y de información, en base a la actividad del periodismo, ejercido por los hombres de prensa, quienes buscan la noticia de mayor relevancia para difundirlo al colectivo, amén de forma una opinión pública veraz y objetiva, una noticia de trascendencia "socio-política".

-La trascendencia pública de la noticia, tiene que ver esencialmente, con su relevancia para la formación de una opinión pública plural, veraz y objetiva, en el sentido de contribuir al fortalecimiento de una sociedad democrática y a la institucionalidad del país.

-La veracidad de la información, importa el deber del periodista de comprobar la veracidad de los hechos que se difunden ante el público, un especial deber de diligencia, mediando la confrontación de los datos con las diversas fuentes de información, pues de no ser así, se estarían convalidando comportamientos que manifiestan ni un mínimo de respeto hacia la función de comunicador público que ostenta, una conducta temeraria e irresponsable, que no puede ser amparada bajo la causa justificación del ejercicio legítimo de un derecho.

-No se habla, entonces, de una "verdad absoluta", en términos cognitivos, sino de una información que ha dado lugar a la propalación de una noticia –debida y diligentemente contrastada-, no en la proscripción de extender afirmaciones equívocas, sino de un particular deber de diligencia, de verificar con datos objetivos la exactitud de la noticia, su verosimilitud, lo cual sólo ha de referirse a los hechos, mas no en el caso de los juicios de valor, cautelándose por tanto, el derecho de la información.

-Los conflictos que han de suscitarse entre el honor y el derecho a la información han de resolverse en un plano constitucional, de conformidad con el orden de valores consagrados en la Ley Fundamental, que en el plano estrictamente penal da cabida a la concurrencia de una causa de justificación, de forma específica el ejercicio legítimo de un derecho; pero para que pueda darse la justificante en cuestión, debe basarse en un hecho de trascendencia para el público, de relevancia política-social, siempre y cuando el hombre de prensa haya actuado de forma diligente y responsable, de haber cotejado la veracidad de la información con fuentes suficientes.

-Al adoptar una posición contraria, concibiendo que la falsedad es un elemento constitutivo del tipo penal que ha de cubrir el dolo, habría que concluir que ante un error de tipo, de que el agente alegue la falta de la diligencia en la comprobación de la noticia, supondría la impunidad; fomentando con ello, una actitud irresponsable y no menos decirlo "temerario", debilitando de forma significativa la tutela del honor del ofendido.

-La postura del conflicto en intereses en sede de antijuridicidad penal es incompatible con la presencia de los ánimos, que precisamente se pretende llenarlos de contenido, con la intención del agente, de informar, narrar, etc.

-En el caso de los delitos contra el honor, de recibo la tipicidad penal no siempre será indicio de antijuridicidad penal (*ratio cognoscendi*), en aplicación de la justificación anotada.

-Si bien puede decirse, que la posición adoptada, puede resultar contraria a la sistematicidad que ha de guiar el pensamiento dogmático, de que el dolo haya de cubrir todos los elementos constitutivos de tipicidad penal, no es menos cierto que la interpretación normativa en un Estado Social y Democrático de Derecho, ha de realizarse conforme a consideraciones de orden político-criminal, que tiendan a asegurar los fines esenciales del Derecho penal en dicho orden: la protección preventiva de bienes jurídicos. No se puede dejar de lado, que el *ius puniendo* ha de servir su cometido, siempre y cuando resuelva de forma pacífica la conflictividad social generada por el delito. Un positivismo cerrado a las valoraciones sociales, cae en un saco roto y vacío de contenido fundamental el contenido de ciertos intereses jurídicos.

-Un injusto acentuadamente "subjetivizado", producto de la tonificación del elemento anímico del autor, propició la aparición en la tipicidad subjetiva, de ciertos ánimos que no se corresponden con el pensamiento sistemático racional que rige en la dogmática penal actual; que en el caso de los delitos contra la honor, exigir la concurrencia de ciertos ánimos, contraviene el principio de legalidad material, así las funciones tuitivas que debe desempeñar un Derecho penal democrático, dejando de lado el plano de valores "constitucional", que reconoce la relevancia social del derecho a la información, que ha de trasladarse en sede penal al campo de las causas de justificación; inclusión que ha servido para sustraer del ámbito de punición conductas reveladoras de innegable lesividad social.

-Consecuentemente, la preservación de estos "ánimos", apunta a una resolución dogmáticamente falsa e inadecuada, desde consideraciones de orden político criminal, debilitando la protección penal del honor de la víctima.

-Basta para dar por confirmada la tipicidad subjetiva, con el dolo, de que el autor conozca que sus manifestaciones son lesivas al honor y si las hace, las habrá hecho con la intención de lesionar el honor de otro; lo que importa a su vez una superposición del dolo con el ánimo de injuriar, un dolo duplicado que lo único que propicia es impunidad e inseguridad jurídica. En todo caso resulta suficiente el dolo eventual.

-En el marco de una dogmática dirigida a cautelar los fines protectores del Derecho penal, la tipicidad sólo supone la correspondencia que debe subyacer entre los planos objetivos y subjetivos y, dicho juicio adquiere concreción cuando el autor pone de manifiesto una conducta de lesión y/o aptitud de lesión para con un interés jurídico tutelado, donde el tipo subjetivo del injusto se reduce al cocimiento de dicha entidad lesiva.

-Todo lo dicho apunta a que la judicatura en sede penal, haya de seguir las pautas concatenadas de forma sistemática en la presente monografía, que inciden desde un doble baremo a saber: primero, con arreglo al principio de legalidad, de que la descripción típica no recoge elementos que se encuentran fuera del texto normativo y, segundo, que se tome una postura coherente con los fines esenciales del Derecho penal en un Estado Social y Democrático de Derecho: la protección preventiva de bienes jurídicos, que queda significativamente mermada con la postura de los ánimos;

podremos de esta forma generar Seguridad Jurídica y por otro lado, evitar la Impunidad de verdaderos culpables.

-Los conflictos que puedan presentarse entre dos bienes jurídicos, deben ser resueltos en la vía penal, con arreglo al plano de valores que se desprende de la Ley Fundamental, esto quiere decir, que la solución que se propone –vía ponderación de bienes jurídicos-, no puede de ningún modo significar el vaciamiento de uno de ellos, son pena de claudicar en la función protectora que tiene asignado como principal tarea el Derecho penal. A partir de la postura de los «ánimos subjetivo del injusto», el honor se ve significativamente mermado, pues la supuesta presencia de dichos elementos, propicia que conductas en realidad nocivas se sustraigan del ámbito de punición, lo que no quiere decir, que deban ser necesariamente penalizadas, sino que su efectiva valoración debe tomar lugar a nivel de la «antijuridicidad penal», en cuanto a la presencia de una causa de justificación (ejercicio legítimo de un derecho); a partir de ello, sólo serán exentas de pena, aquellas actuaciones informativas que no manifiesten un temerario desprecio hacia la verdad, esto es, lo importante es la «veracidad subjetiva», de que el periodista haya divulgado la noticia, luego de haber realizado una debida y diligencia constatación de la verdad de los hechos, con las fuentes de información que fuesen necesarias y, pese a ello, no haya arribado a la «veracidad objetiva». De esta forma se logra un adecuado balance entre el honor y el derecho a la información.

-En resumidas cuentas la lesividad al honor de las personas, no se encuentra condicionada a la veracidad de los hechos que se propalan o los juicios de valor que se emiten, sino a la afectación que se ve objeto el individuo, en cuanto a su integración al sistema comunitario, con arreglo a la postura normativa-funcional adoptada en la monografía. Claro que la relevancia jurídico-penal de la conducta dependerá de las circunstancias concomitantes que rodean al hecho, pues puede que en algunos ámbitos debamos negar la lesividad de la conducta.

-Nuestro estudio pretende coadyuvar en la excelsa labor de Administrar Justicia Penal, proveyendo a los operadores jurídicos de herramientas necesarias (dogmáticas), que les permitan solucionar los casos con corrección y justicia, de acuerdo al principio de legalidad material y a los fines esenciales que debe desplegar el Derecho penal en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA
(Sobre la metodología de Investigación)

-Afanasiev, V.G.; "Fundamentos de los Conocimientos Filosóficos". Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1975.

-Alexi, Robert; "El Concepto y la Validez del Derecho y otros Ensayos". Gidesa, Barcelona, 1997.

-Arellano García, Carlos; "Métodos y Técnicas de la Investigación Jurídica", Porrúa, México, 1999.

-Ávila Acosta, Roberto B.; "Estadística Elemental". Estudios y Ediciones RA, Lima, 2000.

-Calvo García, Manuel; "Los Fundamentos del Método Jurídico: Una Revisión Crítica", Tecnos, Madrid, 1994.

-Canaris, Claus-Wilhelm; "El sistema en la Jurisprudencia". Traducción de Juan Antonio García Amado, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998.

-Carnelutti, Francesco; "Metodología del Derecho". Vallet Ediciones, Buenos Aires, 1990.

-Carpintero, Francisco; "Derecho y Ontología Jurídica". Actas, Madrid, 1993.

-Castañeda Jiménez, Juan; "Métodos de Investigación". Mc Graw Hill, México, 1996.

-Copi, Irveng M.; "Introducción a la Lógica". Eudeba, Buenos Aires, 1964.

-De los Mozos, José Luis; "Metodología y Ciencia en el Derecho Privado Moderno". Edersa, Jaén – España, 1997.

-Durkheim, Émile; "Las Reglas del Método Sociológico". Editorial Orbis, Buenos Aires, 1986.

-Eco, Humberto; "Los Límites de la Interpretación". Editorial Lumen, Barcelona, 1992.

-Fix Zamudio, Héctor; "Metodología, Docencia e investigación Jurídica". Editorial Porrúa, México, 1997.

-Hernández Gil, Antonio; "Metodología de la Ciencia del Derecho". Segunda edición, Madrid, 1971.

-Larenz, Kart; "Metodología de la Ciencia del Derecho". Traducción de Marcelino Rodríguez Molinero, 2da. Edición, Ariel, Barcelona, 1980.

-Nino, Carlos Santiago; "Introducción al Análisis del Derecho", Ariel, 8tava. Edición, Barcelona, 1987.

-Quiroz Salazar, William; "La Investigación Jurídica", Imsergraf, Lima, 1998.

BIBLIOGRAFÍA **(Sobre la materia de investigación)**

BUSTOS RAMIREZ, Juan, Manual de Derecho penal español. Parte general, Ariel, Barcelona 1984; 3ª ed., 1989; 4ª ed. (aumentada, corregida y puesta al día por Hernán Hormazabal Malareé): PPU, Barcelona 1994.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de Derecho Penal. Parte General, 3era. Edición aumentada, corregida y puesta al día, Editorial Ariel SA, Barcelona, 1989.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, Introducción al Derecho Penal. Editorial Temis S.A., Bogotá-Colombia, 1986.

CANDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Código Penal - Doctrina y Jurisprudencia, Primera edición Editorial Trivium S.A., Madrid 1997.

CANCIO MELIA, Manuel; FERRANTE, Marcelo y SANCINETTI, Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva, AD HOC S.R.L., Buenos Aires, 1998.

CANCIO MELIÁ, Manuel. Dogmática y Política Criminal en una Teoría Funcional del Delito. En: "El Sistema Funcionalista del Derecho Penal". Instituto Peruano de Ciencias Penales – Universidad de Piura. Biblioteca de autores extranjeros 6. Editorial Grijley, Lima, 2000.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Derecho penal: concepto y principios constitucionales. Tirant lo balnch, Valencia, 1999.

CARRARA, Francesco. Programa de Derecho Criminal, Vol. I, trad. de José J. Ortega y Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, 1956.

- CASABÓ RUIZ, José Ramón. La legalidad del Delito. Universidad de Valencia, 1983.
- CASTELLANOS, Fernando, Lineamientos Elementales del Derecho Penal, - Editorial Jurídica Mexicana 1965.
- CEREZO MIR, José, Problemas fundamentales del Derecho penal, Tecnos, Madrid 1982.
- ÍDEM, Curso de Derecho penal español. Parte general, V. I/1 (Introducción, Teoría jurídica del delito), 3ª. Reimpr. de la 3ª. ed. (1985), Tecnos, Madrid 1990.
- ÍDEM, Curso de Derecho penal español. Parte General. 3 Tomos. Sexta edición, Tecnos, Madrid, 2000.
- COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, T.S., Derecho penal, Parte general, 5ta. Edición, corregida, aumentada y actualizada. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Penas y Medidas de Seguridad en el nuevo Código Penal. Osezno Editores, Madrid, febrero del 2000.
- ÍDEM, La nueva Delincuencia I. Osezno Editores, Madrid, 2003.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín; Derecho Penal Español. Parte General. Nociones Introductorias del Delito, 3era. Edición. Dykinson, Madrid, 2002.
- CUELLO CALÓN, Eugenio; Derecho Penal. Parte Especial. Volumen Segundo. Décimo cuarta edición – Reimpresión. BOSCH, Barceklona, 1980.
- CURY URZÚA, Enrique, Derecho penal. Parte general, T. I y II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1982-1985.
- D. FERNÁNDEZ, Gonzalo. Culpabilidad y Teoría del Delito. Editorial B de F, Montevideo, 1995.
- DEL ROSAL, Juan, Tratado de Derecho penal español, Parte geral, T. I (2ª. ed., 1976) y II, Madrid 1972-1976.
- DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel. Hacia una nueva concepción de pena. Editorial Grijley. Lima-Perú, 1995.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Política Criminal y Derecho Penal. Estudios. Tirant lo blanch, Valencia, 2003.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; La racionalidad de las leyes penales. Editorial TROTТА, Madrid, 2003.
- DONNA, Edgardo, Teoría del delito y de la pena, V. I/1 (Teoría de la pena y la

- culpabilidad) Astrea, Buenos Aires 1992.
- ÍDEM, Temas de Derecho Penal y de Derecho Procesal Penal. Idemsa, Lima-Perú, 1998.
- ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho penal. Parte general, T. I, Editorial Gibbs, Santiago de Chile 1965.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, Derecho penal fundamental, T. I. (Introducción al Derecho Penal. Evolución de la teoría, 2ª. reimp. de la 2ª. ed., 1993); T. II (Teoría general del delito y punibilidad, reimp. de la 2ª. ed., 1986), Temis, Bogotá 1989-1993.
- FERRAJOLI, Luigi; Derecho y Razón - Teoría del Garantismo Penal. Traducción por: Andrés Ibañez Perfecto, Ruiz Miguel, Alfonso, Boyon Mohino Juan Carlos, Terradillos Bosoco Juan y Cantero Bondrés Rocio. Editorial Trotta, Valladolid, 1995.
- FERRI, Enrique, Principios de Derecho Criminal. Reus S.A., 1era. Edición, Madrid.
- FIERRO, Guillermo J. Legalidad y Retroactividad de las normas penales. Hammurabi, Argentina, 2003.
- FONTÁN BALLESTRA, Carlos, Tratado de Derecho penal, T. I. (Parte General, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1966.
- FRIAS CABALLERO, Jorge, Temas de Derecho penal, Depalma, Buenos Aires 1970.
- FRIAS CABALLERO, Jorge/CODINO, Diego/CODINO, Rodrigo, Teoría del delito, Hammurabi, Buenos Aires 1993.
- GALLAS, Wilhelm, La teoría del delito en su momento actual, trad. de Juan Córdoba Roda, Bosch, Barcelona 1959.
- GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio, Problemas actuales de la criminología, Edersa, Madrid 1984.
- ÍDEM, Derecho Penal – Introducción. Servicio publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2000.
- GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal. Parte General. 2 Tomos. Editorial jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2005.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, Introducción a la parte general del derecho penal español, Universidad Complutense, Madrid 1979.
- ÍDEM, Estudios de Derecho Penal, 3ª. ed. Tecnos, Madrid 1990.

GÓMEZ BENÍTEZ, José María, Teoría Jurídica del Delito, reimpresión. de la 1ª ed. (1984), Civitas, Madrid 1988.

HASSEMER, Winfried, Fundamentos de Derecho Penal, trad. Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona 1984.

HASSEMER, Winfried, y MUÑOZ CONDE, Francisco, Introducción a la Criminología y al Derecho Penal, Tirant lo Blanch, Valencia 1989.

ÍDEM, Crítica al Derecho Penal de Hoy. Traducción de Patricia S. Ziffer. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Colombia, 1998.

JAÉN VALLEJO, Manuel, Derecho Penal Aplicado, Biblioteca de autores extranjeros, Juristas Editores, Lima 2002.

JAÉN VALLEJO, Manuel, Justicia Penal Contemporánea, Anotaciones de Derecho Peruano a cargo de Luis Miguel Reyna Alfaro, Editorial Librería Portocarrero, Lima 2002.

JESCHECK, Hans- Heinrich, Tratado de Derecho Penal. Parte General, 4ª. edición Completamente corregida y ampliada, traducción de José Luis Manzanares de Samaniego, Editorial Comares Granada 1993.

JIMÉNEZ DE ASUA, Luis, Tratado de Derecho Penal. Parte General, T. I (2ª. ed., 1956), T. II, (2ª. ed., 1950), T. III., (1956), T. IV, (2ª. ed., 1961), T. V., (1958); Editorial Losada, Buenos Aires 1950-1965.

ÍDEM, La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal, Editorial Sudamericana, Buenos Aires 1976.

KAUFMANN, Armin, Teoría de las Normas: Fundamentos de la Dogmática Penal Moderna, trad. de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdez, Depalma, Buenos Aires 1977.

KELSEN, Hans, Introducción a la Teoría Pura del Derecho, 3era. Edición revisada y corregida. Presentación de Domingo García Belaúnde, Nota Liminar de Emilio O. Rabasa, Hans Kelsen Institut, Lima 2001.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo, Las Consecuencias Jurídicas del Delito. Editorial Tecnos. Tercera edición, Madrid, 1991.

LASCANO, Julio (Director). Derecho Penal. Parte General. Libro es estudio. Córdoba, 2002.

LISZT, Franz von, Tratado de Derecho Penal, 3.t., trad. de Luis Jiménez de Asúa, Reus, Madrid 1926-1929.

LUZON PEÑA, Diego Manuel, Curso de Derecho Penal, Parte General, T. I, Editorial Universitas, Madrid 1995.

LUZON PEÑA, Diego Manuel. Curso de Derecho Penal. Parte General I. Editorial Universitas S.A. 1era. Reimpresión, Madrid, 1999.

MANZINI, Vincenzo, Tratado de Derecho Penal, V. I, trad. de Santiago Sentís Melendo, Ediar, Buenos Aires 1948.

MEZGER, Edmund. Derecho Penal. Parte General. Traducción de la 6ta. Edición alemana por el Dr. Conrado A. Finzi, Buenos Aires.

ÍDEM, Tratado de Derecho penal, T. I, trad. y notas de la 3ª. ed. alemana (1949) por José Arturo Rodríguez Muñoz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1955.

ÍDEM, Tratado de Derecho Penal, T. II, trad de José Arturo Rodríguez Muñoz, Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1957.

ÍDEM, Derecho Penal. Parte General: Libro de Estudio, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires 1958.

MIR PUIG, Santiago, Introducción a las Bases del Derecho Penal, Bosch, Barcelona 1976.

ÍDEM, Derecho penal. Parte general, 3ª. ed., PPU, Barcelona 1990.

MIR PUIG, Santiago, Introducción a las Bases del Derecho Penal: Concepto y Método, 2da. Edición.

MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, Parte General, 4ta. edición corregida y puesta al día con arreglo al Código Penal de 1995.

MOLINA BLÁZQUEZ, M.^a Concepción: La Aplicación de la Pena. Estudio Práctico de las Consecuencias Jurídicas del Delito. Edit. Tecnos, Madrid, 1991.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes, Derecho Penal. Parte general, Tirant lo Blanch. Valencia 1996.

NUÑEZ, Ricardo C., Derecho Penal Argentino. Parte General, T. I, Tipográfica Editorial Argentina, Buenos Aires 1959.

ONECA, Antón, Derecho Penal. Parte General. 2da. Edición anotada y corregida por José Julián Hernández Guijarro y Luis Beneytez Merino, Akal/ Iure, Madrid, 1986.

PAGANO, Francisco Mario. Principios del Código Penal. Traducción del italiano por Eugenio R. Zaffaroni. Hammurabi, Buenos Aires, 2002.

PEÑA CABRERA, Raúl, Tratado de Derecho Penal. Parte Especial, T. I, 2ª.ed., ampliada y actualizada, Ediciones Jurídicas, Lima 1994.

PEÑA CABRERA, Raúl. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Volumen I. AFA Editores Importadores S.A. Tercera reimpresión, Lima, 1988.

PEÑA CABRERA, Raúl, Código Penal Comentado y Leyes Complementarias, Prólogo a la primera edición, 1992.

ÍDEM, Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. Vol. I - Delitos Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud. Contra el Honor, la Familia y la Libertad. Ediciones Jurídicas, 1994.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Derecho Penal. Parte General. Teoría general del delito, de la pena y sus consecuencias jurídicas. Editorial Rhodas. Lima-Perú, 2007.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Exégesis del nuevo Código Procesal Penal. Editorial Rodhas, Lima, 2007.

ÍDEM, Alonso Raúl, Delito contra la Libertad e Intangibilidad Sexual, 2ª edición, IDEMSA, Lima, 2007.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, Derecho Penal. Parte General, T. I, Bosch, Barcelona 1990.

POLITOFF L., Sergio. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General. Editorial Jurídica de Chile. 2da. Edición, 2003.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, Derecho Penal Parte General, reedición de la 2ª. edición, con Addenda al Anteproyecto de Código Penal de 1992, con la colaboración de Fermín Morales Prats y J. Miguel Prats Canut, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid 1992.

RANIERI, Silvio, Manual de Derecho Penal. Parte General, T. I. (Parte general), trad. de Jorge Guerrero de la 4ª. ed., italiana (1968), Temis, Bogotá 1975.

RODRIGUEZ DEvesa, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso, Derecho Penal español. Parte general, 16ª. ed., Dykinson, Madrid 1993; 17ª. ed., 1994.

RODRÍGUEZ MOURULLO. Derecho Penal. Parte General. T. I, Madrid, 1977.

ROXIN, Claus, La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso penal, Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen Cantizano.

ROXIN, Claus, Política Criminal y Sistema del Derecho Penal, trad. de Francisco Muñoz Conde, Bosch, Barcelona 1972.

ÍDEM, Política Criminal y Sistema del Derecho Penal. Traducción e introducción por Francisco Muñoz Conde. Segunda edición, Buenos Aires, octubre del 2002.

ÍDEM, Problemas Básicos del Derecho Penal, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Reus, Madrid 1976.

ÍDEM, Iniciación al Derecho Penal de Hoy, Universidad de Sevilla, Sevilla 1981.

ÍDEM, Problemas Actuales de la Dogmática Penal. 1ra. Edición. Traducción de Manuel A. Vásquez. ARA Editores. Derecho Penal Contemporáneo. Lima, 2004.

SALINAS SICCHIA, Ramiro; Derecho Penal. Parte Especial. IDEMSA, 2005, Lima.

SOLER, Sebastián; Derecho penal argentino, T. III, Tipográfica editora Argentina, Buenos Aires, 1951.

VILLA STEIN, Javier; Derecho Penal. Parte Especial, T. II-B. San Marcos, Lima, 1998.